Dr Decis. Renaud

102 fr

Rechtliche Gutachten

von

Dr. Achilles Renaud,

weiland Großh. Bad. Geheimen Rath und ordentl. Professor an der Universität Heidelberg.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben

von

Th. Hergenhahn,

Königlich Preußischem Landgerichts-Direktor.

Erster Band.

Mannheim.
Druck und Verlag von J. Bensheimer
1886.

Rechtliche Gutachten

von

Dr. Achilles Renaud,
weiland Großh. Bad. Geheimen Rath und ordentl. Professor an der Universität Heidelberg.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben

von

Th. Hergenhahn,
Königlich Preußischem Landgerichts-Direktor.

Erster Band.

Mannheim.
Druck und Verlag von J. Bensheimer.
1886.

Der

Juristischen Facultät der Universität Heidelberg

zum

fünfhundertjährigen Jubiläum
der Universität

ehrerbietigst gewidmet

vom

Herausgeber.

Vorrede.

Das vorliegende Werk enthält eine größere Anzahl Rechtsgutachten, welche Dr. Achilles Renaud zumeist in Veranlassung von praktischen Rechtsfällen erstattet hat.

Die hervorragende Bedeutung des Verfassers in der Beurtheilung und Entscheidung praktischer Rechtsfragen zu schildern, kann nicht die Aufgabe des Herausgebers sein. Das beredteste Zeugniß dafür ist das hohe Ansehen, welches sich Renaud durch seine Leistungen namentlich auch bei den Gerichten erworben hatte.

Hier bedarf es zunächst nur einer kurzen Motivirung der Veranlassung zur Herausgabe dieser Sammlung von Rechtsgutachten.

Der Verfasser hatte selbst in den letzten Jahren vor seinem nur allzufrüh erfolgten Tode die Absicht geäußert, die von ihm erstatteten Gutachten in Auswahl durch den Druck weiteren Kreisen zugänglich zu machen.

Zur Ausführung dieses Wunsches sah sich der Herausgeber nach dem Ableben des Verfassers um so mehr veranlaßt, als auch aus dem Kreise der juristischen Facultät der Heidelberger Universität in der von Herrn Hofrath Professor Dr. Karlowa am Sarge Renaud's gesprochenen Gedächtnißrede der hohen Bedeutung dieser Rechtsgutachten unter dem Ausdruck des Bedauerns Erwähnung geschah, daß dieselben nur theilweise im Druck erschienen und nur einem kleinen Kreise von mit Renaud in näherer Beziehung stehenden Juristen zugänglich geworden seien.

Der Unterzeichnete glaubte, durch die Herausgabe dieser Sammlung auch der praktischen Rechtsprechung einen nicht un-

wesentlichen Dienst zu leisten, da die Gutachten zumeist praktische Rechtsfälle erörtern und die Art und Weise der Bearbeitung durch den in Wissenschaft und Praxis gleich hervorragenden Verfasser die in der Jurisprudenz höchst wünschenswerthe Verknüpfung wissenschaftlicher und praktischer Thätigkeit in vollendeter Meisterschaft erkennen läßt.

Die Rücksicht auf den praktischen Gebrauch hat auch den Herausgeber veranlaßt, den einzelnen Gutachten möglichst kurz gefaßte Uebersichten über die in denselben zur Erörterung gebrachten rechtlichen Gesichtspunkte voranzustellen.

Was die Gutachten selbst betrifft, so ist der Herausgeber bei der Auswahl zunächst von dem Grundsatz ausgegangen, hauptsächlich die ein erheblicheres juristisches Interesse bietenden und bei den Gutachten aus dem Handelsrecht auch die den handelsrechtlichen Verkehr besonders berücksichtigenden Gutachten in die Sammlung aufzunehmen. Sodann sind von dem Herausgeber möglichst verschiedene Rechtsgebiete bei der Aufnahme in Berücksichtigung gezogen worden.

Leider hat es sich der Unterzeichnete aus Rücksicht auf persönliche- und Familien-Verhältnisse versagen müssen, mehrere Rechtsgutachten von der hervorragendsten juristischen Bedeutung in die Sammlung einzustellen. Im Uebrigen hat derselbe sich bemüht, durch die Art und Weise der Veröffentlichung in Betreff der zur Erörterung gebrachten thatsächlichen Verhältnisse, insbesondere der Namen, des Wohnorts 2c., der Interessenten die schonendste Rücksicht auf deren Interessen zu nehmen. Die Gutachten sind, namentlich insoweit sie rechtliche Ausführungen enthalten, meist unverändert zum Abdruck gelangt. Es erschien dies nothwendig, um die streng folgerichtigen Ausführungen des Verfassers, welche gerade in ihrer Gesammtheit und ihren logischen Schlußfolgerungen den größten Genuß bieten, nicht störend zu unterbrechen. Nur da, wo die thatsächlichen Ausführungen in den Gutachten ohne Beeinträchtigung des Verständnisses der Rechtsdeductionen Kürzungen erlaubten, hat der Herausgeber solche vorgenommen.

Die Sammlung erscheint in zwei Bänden. Der erste vorliegende Band enthält die Rechtsgutachten aus dem gemeinen Recht, einzelnen Landesrechten, und insbesondere aus dem Handelsrecht.

Der zweite Band wird im ersten Abschnitt die Gutachten aus dem badischen Landrecht und aus dem französischen Civilrecht, im zweiten Abschnitt mehrere größere Gutachten aus dem Gebiete des streitigen Verwaltungsrechts umfassen. Obwohl der Verfasser auf diesem letzteren Gebiete in der Wissenschaft und in seinem Lehrberufe weniger hervorragend thätig geworden ist, hat er seine Thätigkeit bei den Arbeiten des badischen Landtages seine Befähigung auch bei Beurtheilung staats- und verwaltungsrechtlicher Fragen in hervorragender Weise dargethan. Die in die Sammlung aufgenommenen Gutachten sind ein sprechendes Zeugniß für die bedeutenden Leistungen Renaud's auch auf diesem Rechtsgebiete und gewähren erhebliches praktisches Interesse für die Behandlung streitiger verwaltungsrechtlicher Fragen.

Der Herausgeber hat sich erlaubt, dem Werke eine Widmung für die Juristenfacultät der Heidelberger Universität voranzustellen.

Sämmtliche aufgenommene Rechtsgutachten sind verfaßt, während Renaud dieser altberühmten Facultät angehörte. Der Herausgeber erachtete es als eine Pietätspflicht, das Andenken Renaud's, dessen Name für alle Zeiten mit der juristischen Facultät der Ruperto-Carolina auf's engste verbunden sein wird, dadurch zu ehren, daß dieses lebendige Zeugniß seiner juristischen Meisterschaft auch äußerlich mit der Heidelberger Juristenfacultät in Verbindung gebracht werde, welcher derselbe seit dem Jahre 1851 bis zu seinem am 5. Juni 1884 erfolgten Ableben in unermüdlicher und hervorragender Weise seine Kräfte gewidmet hat.

Dieses ehrenvolle Gedächtniß erschien zumal im Jahre der fünfhundertjährigen Jubelfeier der Universität angezeigt, welche bei dieser festlichen Gelegenheit auf eine

glänzende Reihe der hervorragendsten Vertreter der Jurisprudenz zurückblicken wird.

Zugleich wolle die hochpreisliche Juristenfacultät dem Herausgeber, welcher vor nunmehr 34 Jahren derselben als Schüler angehört hat, gestatten, mit dieser Widmung einen Zoll dankbarer Verehrung dafür darzubringen, daß ihm vergönnt war, seine Universitätsstudien unter Ihren Auspicien zu beginnen und von hochverehrten Gliedern derselben in die Rechtswissenschaft eingeführt zu werden.

So möge denn das Werk als ein weiteres Denkmal des unermüdlichen Fleißes, des meisterhaften juristischen Könnens seines Verfassers, sowohl bei der Juristenfacultät der Universität Heidelberg, als in allen juristischen Kreisen eine freundliche Aufnahme finden.

Cassel, im März 1886.

Theodor Hergenhahn.

Rechtsgutachten

aus dem gemeinen Recht, verschiedenen Landesrechten und aus dem Handelsrecht.

Inhalts-Verzeichniß.

Allgemeiner Theil.

Eherecht.

Obligationenrecht.

Aus dem Handelsrecht.

Aus dem Erbrecht.

Register.

Druckfehler-Berichtigung.

Seite 4 in Zeile 7 lies zwischen daß und dem: „nach"
„ 12 „ „ 8 von unten lies „Sachsenspiegels" anstatt „Sachsenspieges."
„ 43 „ „ 2 von oben lies „Gültigkeit" anstatt „Gülligkeit."
„ 51 „ „ 16 von oben lies „Berner Civilgesetzbuch"
„ 56 „ „ 13 u. 16 von unten lies „code civil" anstat „code civile."
„ 98 „ „ 4 von unten lies „befreit wurde" anstatt „befreit werden."
„ 116 „ „ 12 von oben lies „Activen" anstatt „Actien."
„ 133 „ „ 7 von unten lies „Duplik" anstatt „Replik."
„ 260 „ „ 13 von oben lies „Verkäufer" anstatt „Käufer."
„ 353 „ Anm. Zeile 2 von unten lies „Art. 249—249c" anstatt „249—249."
„ 501 „ Zeile 15 von unten lies „successio" anstatt „succesio."
„ 504 „ „ 12 von oben lies „und die" vor „Nachkommenschaft."
„ 504 „ „ 12 und 13 von oben lies „Anna Sibilla" anstatt „Anna und die Sibilla."

Allgemeiner Theil.

Rechtsgutachten

über die Frage:

Ist der Richter befugt und verpflichtet, im Streitfalle die verfassungsmäßige Gültigkeit einer von dem Landesherrn verkündeten Verordnung zu prüfen?

Diese Frage ist in ihrer Anwendung auf die constitutionelle Monarchie, mit Rücksicht auf welche sie hier allein in Betracht kommt, allerdings eine sehr bestrittene. Während man nämlich darüber einverstanden ist, daß den Gerichten eine Cognition hinsichtlich der verfassungsmäßigen äußeren Form landesherrlicher Verordnungen zukommt, daß dieselben also namentlich berechtigt wie verpflichtet zur Untersuchung sind, ob eine gegebene Verordnung vom verantwortlichen Minister contrasignirt und im Regierungsblatte verkündigt ist, wird dagegen von Manchen in Abrede gestellt, daß das richterliche Prüfungsrecht über das Vorhandensein jener äußeren Requisite hinausgehe. Vielmehr formulirt man den Grundsatz, es habe sich die richterliche Cognition nicht auf den Inhalt der landesherrlichen Verordnungen zu erstrecken, und nimmt an,

„daß der Richter einer jeden ohne Mitwirkung der
„Stände, im Uebrigen aber in verfassungsmäßiger
„äußerer Form erlassenen, also im Namen des Staats-
„Oberhaupts ergangenen, von dem verantwortlichen

„Minister contrasignirten und im Regierungsblatt ver-„kündigten Verordnung Anwendung zu geben, keines-„wegs aber hierbei die innere verfassungsmäßige „Gültigkeit derselben durch Prüfung der constitutionellen „Befugniß der höchsten Staatsbehörde zu deren Er-„theilung zu untersuchen habe.“

Seuffert, Arch. f. Entscheidung der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. IV. Nr. 250.

Bei Prüfung der Gründe nun, welche für diese Meinung geltend gemacht werden, findet man vor Allem betont, daß ein richterliches Prüfungsrecht, welches sich auf den Inhalt der landesherrlichen Verordnungen erstreckte, nur zur Verwirrung der öffentlichen Zustände beitragen würde.

Zöpfl, Staatsrecht, Bd. II. S. 635.

Allein es beweist eine solche Warnung vor der Anarchie, welche nothwendigerweise entstehen müsse, wenn ein Theil der Gerichte eine Norm befolge, ein anderer aber sie als ungültig betrachte, vorerst zu viel, indem man aus gleicher Rücksicht den Gerichten Recht und Pflicht zur Auslegung der Gesetze absprechen müßte, da eine solche Interpretation bei den einzelnen Landesgerichten in abweichender Weise sich festsetzen und daher in der Rechtsanwendung zu denselben Resultaten führen kann, wie wenn in mehreren Jurisdictionsbezirken verschiedene Rechtsnormen in Geltung wären.

Auch enthält jene Warnung keinen Rechts-, sondern einen politischen Grund, der auf das Bedürfniß nach Einrichtungen hinweist, durch welche, wie einem Auseinandergehen der interpretativen Praxis, so auch einer Divergenz der Ansichten der Gerichte über die Gültigkeit landesherrlicher Verordnungen vorgebeugt werden kann, während er abgesehen hievon durch den gewichtigeren politischen Grund aufgewogen wird, daß die Rechtssicherheit in höherem Maße gefährdet wird, wenn die Verfassung durch verfassungswidrige Regierungsbefehle beseitigt zu werden vermag.

R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I. (Tübingen 1860). S. 71 Note 2 u. S. 86 flg.

Von keiner größeren Bedeutung aber, als das erwähnte ist das weitere Argument für die Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts auf die Verfassungsmäßigkeit der äußeren Form landesherrlicher Verordnungen, welches daher entnommen wird, daß die Richter gewöhnlich nur im Privat- (resp. Straf-) Rechte ausgebildet, und daher nicht befähigt seien, politische Fragen, deren Beurtheilung nur Staatsmännern zukomme, und bei denen es sich gerade häufig um die wichtigsten staatsrechtlichen Interessen und die allgemeine Wohlfahrt handle, zu entscheiden.

Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, I. S. 193.
Bischof in der Zeitschr. f. Civil u. Proc. N. F Bd. XVIII. S. 129 flg.

Denn auch dieser Grund ist ein rein politischer, dessen Tragweite insofern überschätzt wird, als die richterliche Cognition der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit landesherrlicher Verordnungen, in welchem Umfange sie auch bestehe, lediglich zum Zwecke der Anwendung oder Nichtanwendung dieser Verordnungen in einem gegebenen Rechtsfalle geschieht und daher keinenfalls staatsrechtliche Interessen gefährdet. Ja es würde jenes Argument, die Richtigkeit seiner thatsächlichen Grundlage vorausgesetzt, nur beweisen, daß an die Ausbildung des Richterstandes höhere Anforderungen denn bisher zu stellen. In der That beruht aber dasselbe auf unrichtigen Prämissen, da es sich bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Inhalts landesherrlicher Verordnungen um eine reine Rechtsfrage handelt, deren Beantwortung in der Regel nicht einmal sehr eingehende Kenntnisse des öffentlichen Rechts voraussetzt.

R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik, Bd. I, S. 85 a. E. flg.

Von größerem Gewichte scheint es dagegen beim ersten Anblicke zu sein, wenn man gegen die Befugniß des Richters, das constitutionelle Recht der höchsten Staatsbehörde zur Erlassung einer Verordnung zu prüfen, geltend macht, daß die Regierung allein zu beurtheilen und zu bestimmen habe, ob ein Gegenstand sich zu einer einseitigen landesherrlichen Disposition eigne, was freilich auf verfassungsmäßigem Wege zu erledigende Einwen-

dungen der Stände gegen die Regierungsauffassung nicht ausschließe; oder wenn man mit andern Worten darauf sich beruft, daß die Bewahrung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze der Volksvertretung und nur ihr allein übertragen sei.

Teutsche Vaterlandszeitung von Papst, Jahrgang 1833 No. 20, 21, 24.

„Beweis, daß dem Staatsrecht des Großherzogthums „Hessen den Gerichtsbehörden kein Urtheil über die „materielle Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Norm „zustehe.“

v. Linde im Archiv für civ. Praxis. Bd. XVI. S. 345 flg.

Indessen haben diese Sätze, deren Richtigkeit an sich nicht zu bestreiten, in Wirklichkeit keinen Bezug auf den Umfang der dem Richter in Betreff der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit landesherrlicher Verordnungen zukommenden Cognition. Denn es bezweckt eine solche Prüfung nicht die Bewahrung der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Verordnungen durch den Richter; es ist bei derselben nicht davon die Rede, daß dieser Einwendungen gegen die Auffassung der Regierung, es eigne sich ein gewisser Gegenstand zur einseitigen landesherrlichen Disposition, geltend machte.

Auch soll jene Cognition weder eine Ungültigkeitserklärung der Verordnung, noch deren Aufhebung zur Folge haben, und eben so wenig die Regierung nöthigen, den in Frage stehenden Erlaß außer Wirksamkeit zu setzen. Vielmehr handelt es sich hier lediglich darum, wie weit die an sich unbestritten bestehende Befugniß und Verpflichtung des Richters, die Existenz einer Rechtsnorm Behufs ihrer Anwendung oder Nichtanwendung im concreten Falle zu untersuchen, hinsichtlich der landesherrlichen Verordnungen sich erstreckt, während eine solche Prüfung nach dem Angedeuteten offenbar in dem weitesten Umfange bestehen kann, ohne daß der Richter einerseits den Rechten der Regierung zu nahe träte oder andererseits Functionen sich anmaßte, zu denen allein die

Volksvertretung berufen, — kurz, ohne daß er, wie gesagt worden,

Bischof, Zeitschr. f. Civil. u. Proc. N. F. Bd. 17, S. 256.

Bluntschli im Staatswörterbuche. Bd. IV. S. 275 N.

in die Sphäre des Gesetzgebers eingriffe, oder sich gegen dessen Autorität auflehnte.

Wenn man aber ferner gegen die Befugniß des Richters, die innere Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Verordnungen zu prüfen, darauf sich beruft, daß derselbe ein Diener des Rechts sei,

Zöpfl, Staatsrecht, II. S. 633.

so erweist sich dieses Argument als eine petitio principii. Denn sind allerdings die Richter ministri und nicht arbitri juris, so ist eben die Frage die, was dieselben für Recht zu erachten, und wie weit also deren Cognition hinsichtlich der Existenz angeblicher Rechtsnormen geht.

Allein die Regierung, sagt man, hat die Verpflichtung, sog. provisorische Gesetze den Landständen vorzulegen und dieselben, falls sie die ständische Genehmigung nicht erhalten, außer Wirksamkeit zu setzen; daraus folgt, daß eine solche Verordnung so lange wirksam, also auch so lange für die Gerichte verbindlich, bis sie vom Landesherrn außer Kraft gesetzt worden.

In der That trifft nun dieser Einwand das richterliche Prüfungsrecht und dessen Umfang nicht. Vielmehr ist der Sinn desselben nur der, daß jede landesherrliche Verordnung, falls sie gehörig contrasignirt und verkündet, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt so lange eine gültige und rechtsverbindliche ist, bis sie von der Regierung außer Kraft gesetzt worden.

Allerdings hat zwar, die Richtigkeit einer solchen Theorie vorausgesetzt, die richterliche Cognition sich über die Verfassungsmäßigkeit des Inhalts der landesherrlichen Verordnungen nicht zu erstrecken, allein nicht deßhalb, weil dies an sich unstatthaft wäre, sondern nur aus dem Grunde, weil eine derartige Untersuchung nutzlos sein würde, da die Verordnung bis zu ihrer förmlichen Aufhebung rechtsverbindlich sein soll.

Geht nun das negative Resultat der vorstehenden Ausführungen dahin, daß die Gründe, welche gegen das Recht der Gerichte, die innere verfassungsmäßige Gültigkeit der landeslichen Verordnungen zu prüfen, geltend gemacht werden, in der That nur Scheingründe sind, so ergiebt sich die Verpflichtung und Befugniß des Richters zu einer derartigen Cognition aus Folgendem:

Der Richter hat kraft seines Amts das bestehende Rech auf die ihm vorgelegten Rechtssachen anzuwenden. Zu diesem Zwecke hat er nicht allein zu prüfen, welche unter den vorhandenen Rechtsregeln auf den Fragefall anwendbar, sondern ob die betreffenden Normen den Character bestehender Rechtsnormen haben.

Dies fällt in die Begriffe, weil der Richter das bestehende Recht und nur dieses anwenden soll, er aber dieser seiner Pflicht nur dann zu genügen im Stande ist, wenn er sich von der Existenz, d. h. der Entstehung und dem Fortbestande der gegebenen Norm als Rechtsnorm überzeugt hat.

Da nun der Bestand einer Norm als Rechtsnorm sowohl durch äußere Formen, wie durch anderweitige Voraussetzungen bedingt ist, so ist der Richter folgeweise verpflichtet und daher auch berechtigt, seine Cognition auf jene Bedingungen der Existenz der Rechtsnormen überhaupt, auf die materiellen wie die formellen, zu richten.

Ein Grund aber bezüglich dieser Cognition, zwischen Form und Inhalt der Norm zu unterscheiden, liegt nicht vor, weil der Inhalt so wesentlich, wo nicht wesentlicher, wie die Form ist.

Ebensowenig, vermag der Natur der Sache nach die Verschiedenheit der Quellen, aus welchen die angebliche Rechtsnorm geflossen, hier einen Unterschied zu begründen, und müssen demgemäß hinsichtlich der Verpflichtung und Befugniß des Richters, die Bedingungen der Existenz von Rechtssätzen zu prüfen, die nämlichen Grundsätze gelten, gleichgültig, ob es sich um Gewohnheitsrecht, Gesetzrecht oder Verordnungsrecht handelt.

Was nun insbesondere die landesherrlichen Verordnungen anbelangt, so ist deren Gültigkeit in der constitutio-

nellen Monarchie zweifellos nicht allein durch die Beobachtung gewisser äußerer Formen, wie namentlich der Contrasignatur durch den verantwortlichen Minister und der Verkündigung im Regierungsblatte, sondern auch dadurch bedingt, daß deren Inhalt nicht verfassungswidrig sei. Folgeweise hat der Richter nicht allein die Beobachtung jener äußeren Formen, sondern auch die Verfassungsmäßigkeit des Inhalts der Verordnung zu untersuchen und diese sowohl wegen Mangels an jenen äußeren Requisiten, als wegen innerer Verfassungswidrigkeit bei seiner Rechtsprechung unberücksichtigt zu lassen.

Ergiebt sich dies aus den vorausgeschickten Grundsätzen, so liegt in der Natur der landesherrlichen Verordnungen keinerlei Grund, in Ansehung derselben eine Ausnahme zu statuiren und die richterliche Cognition auf deren äußere Form zu beschränken. Denn auch bei der landesherrlichen Verordnung sind Form und Inhalt gleich wesentliche Momente für deren rechtlichen Bestand, Momente, die beide durch die Verfassung bestimmt und auf Grundlage dieser zu prüfen sind, während die richterliche Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit des Inhalts des Erlasses nicht mehr und nicht weniger wie diejenige der Verfassungsmäßigkeit der Form der landesherrlichen Auctorität zu nahe tritt.

Und in der That ist die Theorie, welche das richterliche Prüfungsrecht auf die Beobachtung der äußeren Formrequisite der landesherrlichen Verordnungen beschränken will, eine durchaus inconsequente; inconsequent insbesondere die Lehre, daß der Richter zwar das Vorhandensein der Contrasignatur durch den verantwortlichen Minister, nicht aber die innere Verfassungsmäßigkeit der Verordnung zu prüfen habe, weil die juristische Logik nothwendig nur zwischen zwei Alternativen die Wahl läßt.

Entweder nämlich ist der Richter verpflichtet, jede Verordnung, die zweifellos der Ausdruck des landesherrlichen Willens ist, also namentlich jeden derartigen Erlaß, welcher im Regierungsblatte verkündigt, anzuwenden, mag derselbe vom verantwortlichen Minister contrasignirt sein oder nicht.

Oder es hat jener das Vorhandensein der verfassungsmäßigen Bedingungen für den Rechtsbestand der landesherrlichen Verordnungen, gleichgültig, ob dieselben formeller oder materieller Art sind, zu prüfen.

Da nun die erste Alternative mit dem Wesen der constitutionellen Monarchie unverträglich, wie dieselbe auch ohne Vertheidiger geblieben, so muß nothwendig die zweite für die allein richtige erachtet werden.

Wenn nach dem Vorstehenden die Verpflichtung und Berechtigung der Gerichte den verfassungsmäßigen Bestand einer landesherrlichen Verordnung nach Form und Inhalt zu untersuchen, mit juristischer Nothwendigkeit aus der Stellung des Richters folgt und daher so lange anzunehmen, als nicht Verfassung oder Gesetz in dieser Beziehung Beschränkungen aufgestellt, so wird dieses Ergebniß durch die Consequenzen bestätigt, welche die entgegengesetzte Ansicht nach sich zieht.

Denn diese führt nicht allein, wie bereits gezeigt, zu einer unlogischen Spaltung und Beschränkung der richterlichen Cognition nach Form und Inhalt der Verordnungen, sondern nöthigt auch den Richter, dasjenige als Recht anzuwenden, was nach seiner juristischen Ueberzeugung kein Recht ist, — ein Uebelstand, der um so größer, als die Gerichte nicht befugt sind, ihre Urtheile auf so lange zu suspendiren, bis auf dem Wege einer Verhandlung zwischen Ständen und Regierung die Verordnung in ein Gesetz verwandelt oder außer Kraft gesetzt ist. — Auch öffnet die hier verworfene Meinung den Einflüssen der Cabinetsjustiz Thür und Thor, weil sie der Regierung es ermöglicht, in der Form genereller Anordnungen das zu erreichen, was diese durch Rescripte nicht zu thun vermöchte.

So hat sich denn auch die Mehrzahl der Publicisten wie der Civilisten für die hier begründete Ansicht ausgesprochen, wie namentlich, um von außerdeutschen Schriftstellern, wie

Verhaegen, des lois constitutionelles, Bruxelles 1850

abzusehen,

Jordan im Arch. f. civ. Praxis Bd. VIII. S. 214.

Feuerbach, die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staats, Nürnberg 1830.

Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. III. S. 279 flg.

Martin in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, III. S. 269.

C. S. Zachariae, im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVI. S. 145 flg.

Reyscher, in der Zeitschr. f. deutsch. Recht, Bd. II. S. 166 flg.

v. Wächter im Archiv f. civ. Praxis, Bd. XXIV. S. 238 Note 12.

Puchta, Pandekten, § 15.

Derselbe, Vorlesungen, S. 33 flg.

v. Vangerow, Pandekten, § 12.

Seuffert, Commentar über die bayr. Gerichtsordnung, (2. Aufl.) Bd. I. S. 163.

H. A. Zachariae, deutsch. Staats- und Bundesrecht, Thl. II. (2. Aufl.) S. 241 flg.

R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I. S. 66 flg.

Derselbe in Bluntschli's deutschem Staatswörterbuch, B. IV. S. 275.

Lauck, ebendas. Bd. V. S. 649 flg.

u. A. m.

Allein auch der deutschen Gerichtspraxis ist die hier ausgeführte Meinung nicht fremd geblieben. Dies gilt nicht allein von den Reichsgerichten des aufgelösten deutschen Reichs,

Struben, rechtliche Bedenken (Ausg. von Spangenberg), Bd. III. S. 292.

sondern von den heutigen Landesgerichten. So haben z. B. in Bayern seit Verkündung der Verfassung vom 26. Mai 1818 die Gerichte allgemein angenommen, daß der Richter berechtigt und verpflichtet sei, die verfassungsmäßige Gültigkeit der vom Landesherrn verkündigten Verordnungen, sofern deren Anwendung zur Entscheidung eines gegebenen Falles in Frage komme,

durch Prüfung der constitutionellen Befugniß der höchsten Staatsgewalt zu deren Ertheilung zu untersuchen;

Seuffert, Arch. Bd. IV. No. 250.

so befolgen die nämliche Ansicht die K. sächsischen Gerichtshöfe.

Zeitschrift für Rechtspflege zunächst für das K. Sachsen, Bd. I. S. 496, Bd. II. S. 12 flg.

Seuffert, Archiv. Bd. V. Note 225.

Es bedarf übrigens, wie bereits angedeutet, kaum der Bemerkung, daß die Verpflichtung und Berechtigung des Richters, die innere verfassungsmäßige Gültigkeit einer landesherrlichen Verordnung zu prüfen, in den Ländern nicht besteht, deren Verfassung, wie dies z. B. die preußische Verfassungsurkunde vom Jahr 1850 § 106, die Oldenburg. Rev. Verf. Urk. vom Jahr 1852 Art. 141 § 2 und die Waldeck. Verf. Urk. von 1852 § 94 thun, ausdrücklich das Gegentheil besagt.

Wohl aber ist jene richterliche Cognition nicht allein für die Staaten anzunehmen, woselbst sie verfassungsmäßig in dem bezeichneten Umfange anerkannt ist, sondern auch für die Länder, deren Verfassung hierüber nichts bestimmt.

Eherecht

insbesondere vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung nach sächsischem und gemeinem Rechte.

I. Das System des ehelichen Güterrechts nach dem Recht des sog. gemeinen sächsischen Rechts, d. i. des in gewissen Punkten modificirten Rechts des Sachsenspiegels.

II. Welche Wirkungen hat dieses Recht in vermögensrechtlicher Beziehung im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod der Ehefrau und durch Scheidung?

III. Welche Vermögensstrafen treten aber nach den Bestimmungen der sog. constitutiones Saxonicae v. J. 1572, und nach dem hieran sich anschließenden gemeinen Sachsenrecht ein, im Fall der Scheidung der Ehe auf Grund des Ehebruchs der Ehefrau?

VI. Die Vermögensstrafen nach Maßgabe des geltenden Römischen Rechts im Fall der Ehescheidung auf Grund eines der Ehefrau zur Last fallenden Ehebruchs, sowohl nach den Rechtsquellen als nach der Praxis der oberen deutschen Gerichte.

Rechtsgutachten.

A. Thatsächliches Verhältniß.

Herr C. V. in C. ist seit etwa 10 Jahren mit einer geb. F. aus N. verheirathet. Obwohl in der letztgenannten Stadt getraut, zogen die Ehegatten sofort nach ihrer Verehelichung nach C., woselbst der Ehemann sein Domicil hatte, wie sie denn auch seither daselbst gewohnt hatten.

Die Ehegatten, welche mit einander zwei Kinder erzeugt haben, leben seit längerer Zeit in ehelichen Differenzen, in Folge dessen Herr V. seit einer Reihe von Jahren jeden geschlechtlichen Umgang mit seiner Frau vermieden hat. Dessen ungeachtet hat im Herbst des Jahres 18 . . Frau V. ein Kind geboren, dessen Vater bis jetzt unbekannt geblieben ist. Herr V., welcher auf Grund des Ehebruchs seiner Ehefrau eine Ehescheidungsklage gegen dieselbe anzustrengen beabsichtigt, wünscht jedoch vorher über die vermögensrechtlichen Folgen einer solchen Ehescheidung in's Klare gesetzt zu sein. Es liegt daher die Frage zur rechtlichen Begutachtung vor:

„Was wird aus dem von der Frau V. in die Ehe „eingebrachten Vermögen, wenn die Ehe in Folge des „Ehebruchs der Frau geschieden wird?"

B. Rechtliche Beurtheilung.

Bei Beurtheilung der vorstehend bezeichneten Frage ist vor Allem hervorzuheben, daß die V. Eheleute weder bei Eingehung der Ehe, noch seither Ehepacten abgeschlossen haben. Kommt hier also lediglich das gesetzliche eheliche Güterrecht in Anwendung, so ist das maßgebende Recht als lex domicilii das in der ehemaligen Grafschaft C. geltende, da die Ehegatten seit Beginn ihrer Verbindung ununterbrochen in C. wohnhaft gewesen sind.

In C. gilt nun neben dem gem deutschen Rechte das sog. gemeine sächsische Recht oder mit andern Worten, das in gewissen Punkten modificirte Recht des Sachsenspieges.

Hiernach dürfte es zunächst zu untersuchen sein, ob und welche Bestimmungen das sächsische Recht über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung ertheilt.

Das sächsische System des ehelichen Güterrechts ist dasjenige des sog. ungezweiten Guts, oder wie man es heute zu bezeichnen pflegt, das System der ehelichen Gütervereinigung oder Güterverbindung der ehelichen Güter-

einheit. Bleibt hier zwar die Frau auch während der Ehe Subject ihres Vermögens oder mit a. W. Eigenthümerin desselben, so hat der Mann dasselbe in seiner Gewere zu rechter Vormundschaft. Er hat am Frauengut ein selbständiges Verwaltungsrecht, sowie den Bezug aller Nutzungen.

Sachsenspiegel III. 74 §§ 3, 4, 5.

Heimbach, Lehrbuch des partic. sächsischen Privatrechts § 94.

Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts. Gotha 1869. S. 189 ff.

Bei Auflösung der Ehe aber zweiet sich das Vermögen beider Ehegatten, welches bisher in der Hand des Ehemannes äußerlich verbunden war. Im Allgemeinen ist es gleichgültig, wie die Ehe, ob durch den Tod eines Ehegatten, oder durch Scheidung aufgelöst wird, obwohl bei einer Auflösung der Ehe durch den Tod der Ehefrau deren Mobilar-Vermögen dem Manne verbleibt.

Sachsenspiegel, I., 31, § 1, III. 76, § 2.

Im Falle einer Scheidung dagegen nimmt die Frau, um von der Gerade, welche im heutigen Rechte nicht mehr vorkommt, abzusehen, ihr gesammtes, in die Ehe gebrachtes Vermögen zurück; jedoch das Mobilarvermögen nur soweit, als es noch vorhanden ist, während sie nur die hier nicht in Frage kommende Morgengabe verliert.

Sachsenspiegel III. a. 74.

Agricola, a. a. O. S. 216.

Wenn sowohl dem Sachsenspiegel gemäß die Ehefrau in Folge der Scheidung gleichgültig, ob diese wegen eines ihr zur Last fallenden Ehebruchs oder aus anderem Grunde ausgesprochen, den Anspruch auf Rückgabe ihres gesammten Einbringens nicht verliert, so verhält es sich dagegen anders, nach Maßgabe der constitutiones des Kurfürsten August von Sachsen vom J. 1572. P. IV. cap. 21.

Die einschlagenden Bestimmungen dieser Gesetzgebung kommen hier aber aus zweifachem Grunde in Betracht. Einmal

deshalb, weil es kaum einem Zweifel unterliegen dürfte, daß die constitutiones Saxonicae in C. gelten, da die frühere Grafschaft dieses Namens vor ihrer im J. 1826 mit dem Herzogthum Meiningen stattgehabten Vereinigung der Goth. L. O. v. 1666 unterstand, und diese die Geltung jener Gesetze in den von ihr beherrschten Territorien anerkannt hatte.

(P. II. Cap. 1, Tit. XII.) Heimbach, a. a. O. § 56 und. Note 6.

Andererseits sind die Bestimmungen der Kurfürstl. Constitutionen über die Ehescheidungsstrafen, wie später noch zu zeigen sein wird, in das gemeine Sachsenrecht übergegangen.

Die const. Saxon. bestimmen nun (P IV. Cap. 21):

„Da eine Wittfrau bei ihres Ehemannes Leben Ehe-„bruch getrieben, ob seine Erben ihr deswegen ihr Ein-„bringen, und was ihr sonst gebührt, vorzuhalten (befugt)? „Unsere Verordnete sind dessen einig, da der Mann bei „seinem Leben des Weibes Ehebruch gekannt, das geeifert, „das Weib ausgetrieben oder sich dessen beklagt, jedoch „mit dem Tode übereilt worden, daß die Erben folgendes „in dem Falle in des Verstorbenen Recht treten, dabei „wir es auch bleiben lassen."

Nach dem zweifellosen Sinn dieser Bestimmung verliert die Frau im Falle einer Scheidung auf Grund eines von ihr begangenen Ehebruchs ihr ganzes in die Ehe gebrachtes Vermögen, gleichgültig, ob dasselbe bei Eingehung der Ehe oder später dem Manne zugebracht wurde, ob es mit a. W. Dotal- oder Paraphernalgut ist im Sinne des sächsischen Rechts,

Heimbach a. a. O. § 99.

Ja es können sogar die Erben des vor der Scheidung verstorbenen Mannes der ehebrecherischen Frau deren Vermögen vorenthalten, wenn der Ehemann den Ehebruch kannte, und denselben zu rügen Willens war.

Carpzov, P. IV. Art. XXI.
Heimbach a. a. O. § 105, Art. 2.

Indessen ist diese Anwendung durch langen gleichförmigen

Gerichtsgebrauch auf das bewegliche Vermögen der Frau, ohne Unterschied zwischen dos und Paraphernum, allein mit Ausschluß der zugebrachten Immobilien, eingeschränkt worden, indem man der Vermögensstrafe der ehebrecherischen Frau den dem römischen Rechte unbekannten Gesichtspunkt zu Grunde legte, daß der unschuldige Ehemann für das bei der Ehescheidung wegfallende Erbrecht auf das Mobilarvermögen der Frau entschädigt werden solle.

Heimbach, in Ortloff's Abhandlungen, Band I., S. 181.

Urtheil des O.A.G. in Jena v. J. 1842 in Emminghaus, Pand. des gem. sächs. Rechts, S. 355 Nr. 18.

Wir sind zunächst davon ausgegangen, daß diese Bestimmungen in C. unmittelbare Geltung haben. Sollte das jedoch in Zweifel gestellt werden, so sind die in den constit. Saxonicae enthaltenen Ehescheidungsstrafen gegen die ehebrecherische Frau in das gemeine Sachsenrecht übergegangen.

In diesem Sinne erklärte ein Urtheil des O.A.Gerichts in Zerbst vom J. 1823:

„Nach dem gemeinen Sachsenrecht erhält der Ehemann „der geschiedenen adultera als Mobilarerbe seiner Frau „nicht blos das bewegliche Dotal-, sondern auch das „Paraphernal-Vermögen der Frau.“

Emminghaus, Pand. des sächs. Rechts S. 357 Nr. 23.

So besagte ferner ein Urtheil des Schöppenstuhls in Halle und Apolda aus dem Jahre 1838:

„Daß jene Privation (die privatio dotis wegen Ehe„bruchs der Frau) auf das Paraphernal-Vermögen aus„zudehnen, würde, auch wenn nicht constit. Saxon. „P. IV. c. 21 als Landesgesetz zu betrachten, und als „dies bestätigend aufzufassen wäre, als Praxis fest„stehen. Es liegt hier einer der vielen Fälle vor, wo „einheimische Rechtsideen, das Prinzip der ehelichen Vor„mundschaft nämlich, und des darauf beruhenden usus

„fructus maritalis sich, sei es auch unbewußt, und unter „dem Mantel einer dem wahren Sinne widerstrebenden „Erklärung der römischen Rechtsquellen lebendig erhalten."
Emminghaus, a. a. E, S. 356 Nr. 20.
S. auch Völker, Handbuch des Großh. Sächsischen Privatrechts (Jena 1855) § 49 a. E. (S. 29.)

Hiernach verliert dann nach Maaßgabe der Saxon. constitut., wie nach gemeinem Sachsenrecht die wegen eines von ihr begangenen Ehebruchs geschiedene Frau ihr gesammtes Mobilarvermögen an den Mann, soferne dasselbe nicht Receptitien-Vermögen ist, d. h. nicht rechtsgiltig der freien Verwaltung und dem Fruchtbezuge des Mannes entzogen war. Die ehebrecherische Frau verliert an den Mann ihr Mobilar-Vermögen, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe bei Eingehung der Ehe oder während der Dauer der letzteren dem Manne zugebracht worden, oder ob es erst noch einzubringen war.

Urtheil des O.A.G. in Jena v. J. 1836 bei Emminghaus, a. a. O. S. 356, Nr. 21.

Sollte man aber davon ausgehen, daß die constitut. Saxonicae in E. keine Geltung haben, und bezweifeln, daß die darin gegen die ehebrecherische Ehefrau ausgesprochenen Strafen gemeines Sachsenrecht geworden, so würde hier das römische Recht eingreifen.

Nach römischem Rechte verliert aber in Folge der Scheidung die schuldige Frau an den Mann die dos und wenn keine dos bestellt war, den vierten Theil ihres Vermögens.

Hat insbesondere die Frau die Ehe gebrochen, so wird die Strafe um ein Drittel erhöht. Nov. 117, C. 8, § 2. Cap. 9, § 4, 5.

Doch erwirbt der unschuldige Theil das auf seine Seite fallende Vermögen des andern, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum an den betreffenden Gütern den Kindern zufällt.

const. 8 § 7, const. 11 § 1 u. fl. C. de repudiis (5, 17).

Ist nun die heutige Geltung der Erhöhung der Ehescheidungsstrafe um ein Dritttheil für den Fall des Ehebruchs der Frau bestritten,

Glück, Commentar Bd. XXVII., S. 14 ff.
Windscheid, Pand. § 510.

und durch die gemeine Meinung verneint,

Orthoff, Juristische Abhandlung Bd. II. S. 36.

so steht dagegen die gemeinrechtliche Anwendbarkeit der anderweitigen vermögensrechtlichen Ehescheidungsstrafen des römischen Rechts um so weniger außer Zweifel, als dieselben durch das canonische Recht,

cap. 4 X de donationib. inter. virum et uxorem (4. 20).

bestätigt worden sind.

In diesem Sinn haben nicht allein wiederholt außersächsische Gerichte entschieden,

Seuffert, Archiv. Bd. XXIV. Nr. 44, Bd. XXV. Nr. 134 Bd. XXIX. Nr. 246.

sondern auch das O.A.G. in Jena in einer Reihe von Fällen gesprochen,

Seuffert, Archiv Bd. XVIII. Nr. 259, Bd. XXII. Nr. 152, Bd. XXVII. Nr. 143.

und damit anerkannt, daß in den zu jenem höchsten Gerichtshof vereinten Ländern die römischen Ehescheidungsstrafen da in Anwendung zu bringen sind, wo es an particularrechtlichen Normen in dieser Hinsicht fehlt.

Wo aber das sächsische eheliche Güterrecht gilt, da gibt es, abgesehen von anderer ehecontractsmäßiger Anordnung, keine dos im römischen Sinne des Wortes, indem als Dotalvermögen dasjenige zugebrachte Gut der Frau bezeichnet wird, welches dieselbe bei Eingehung der Ehe dem Manne einbrachte, — ein Vermögen, welches dessenungeachtet im Eigenthum der Frau verbleibt, und nur in das selbstständige Verwaltungsrecht und in den Fruchtbezug des Mannes kommt.

Folgeweise verliert in Sachsen in Ermanglung anderer particulärer Anordnung, die schuldige Frau durch die Scheidung

den vierten Theil ihres gesammten Vermögens, mit der Maaßgabe, daß wenn Kinder da sind, diese sofort das Eigenthum an demselben erwerben, während der Ehemann das Nießbrauchrecht daran hat.

Hiernach läßt sich denn unser rechtliches Erachten über die vorgelegte, oben bezeichnete Frage folgendermaßen zusammenfassen:

Das von Frau V. in die Ehe eingebrachte Vermögen fällt unter der Voraussetzung einer Scheidung dieser Ehe wegen Ehebruchs der Frau sofort in das Eigenthum des Mannes. Jedoch gilt dies nur von dem Mobilar-Vermögen der Frau V., d. h. von deren gesammtem Vermögen einschließlich Capitalforderungen, mit alleiniger Ausnahme der ihr gehörigen Liegenschaften und Immobilarrechte.

Eventuell, d. h. für den Fall, daß man annehmen sollte, es seien die constit. Saxon. in C. nicht in Geltung und deren bezügliche Bestimmungen auch nicht ein Theil des gemeinen Sachsenrechts geworden, würde Frau V. unter der Voraussetzung einer Scheidung ihrer Ehe wegen eines ihr zur Last fallenden Ehebruchs ein Viertheil ihres gesammten Vermögens an ihre Kinder verlieren, dem Ehemann aber der Nießbrauch an diesem Viertheil zukommen.

Obligationen-Recht.

Schadensersatzklage gegen eine Eisenbahngesellschaft wegen Beschädigung von Sachen auf Grund des § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838.

B. gegen die Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft, Schadensersatz wegen überfahrenen Pferdes betreffend.

Es liegt uns die Abfassung eines Gutachtens ob, auf eine Schadensersatzklage, welche von dem Holländerei-Pächter B. zu W. gegen die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft angestellt worden.

Die im December 1855 von B. eingereichte Klage besagte Folgendes:

In der Nacht vom 23. zum 24. Juni 1855 sei aus der gehörig eingefriedigten, von der Gutsherrschaft angelegten und erhaltenen Nachtkoppel zu W., nahe der Eisenbahn am Wege nach Gützlow, zu deren Benutzung Kläger berechtigt, eine ihm gehörige braune Stute ausgebrochen, auf die zwischen Hagenow und Pritzier belegene Strecke der Berlin-Hamburger Eisenbahn gerathen und daselbst von einem Courier-Nachtzuge überfahren und getödtet worden.

Den Werth des getödteten Thieres schätzt er auf mindestens 250 Thaler Courant, deren Ersatz er anspreche, und zwar auf Grund des durch Verordnung vom 23. Mai 1855 für die Mecklenburg-Schwerinschen Lande anwendbar erklärten § 25 des K. Preuß. Gesetzes über Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838

Kläger stellte hierauf gegründet das Gesuch um Verurtheilung der beklagten Eisenbahn zur Zahlung von 250 Thlr. sammt 4% Zinsen seit dem 24. Juni 1855, und Kosten.

In der Klagebeantwortung wurde nun anlangend das thatsächliche Fundament der Klage eingeräumt, daß in der Nacht vom 23. auf den 24. Juni 1855 auf der zwischen Hagenow und Pritzier belegenen Strecke der Berlin-Hamburger Eisenbahn ein Pferd auf die Bahn gerathen, und daselbst von einem Courier-Nachtzuge überfahren und getödtet worden sei; dagegen erklärt, Beklagte wisse nicht, ob das Pferd eine 4jährige braune Stute gewesen und dem Kläger gehört habe; ferner in Abrede gestellt, daß dasselbe aus der Nachtkoppel zu W. ausgebrochen, sowie daß es einen Werth von 250 Thaler gehabt habe.

In rechtlicher Beziehung wurde der Klage entgegengestellt:

1. Die Einrede der Verjährung. — Die Klage, führte Beklagte aus, gründe sich auf den § 25 des Preuß. Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 und könne sich auch nur darauf gründen, da der Eisenbahn keinerlei Verschulden zur Last gelegt werde.

Wenn aber das Preußische Gesetz nach Maßgabe der Gesellschafts-Statuten und der landesherrlichen Verordnung in Mecklenburg Geltung haben solle, so könne es, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt worden, offenbar nicht weiter gehen, als es im Königreich Preußen der Fall sei. In Preußen aber wäre nach Preußischem Landrecht Th. I. Tit. 6 § 54 die angestellte Klage verjährt, weil die Schuldenklagen daselbst innerhalb 3 Jahren verjähren, nachdem Dasein und Urheber des Schadens zu Wissenschaft der Beschädigten gelangt. Kläger habe schon am 9. Juli 1855 seine Schadensforderung bei dem Beklagten angemeldet, erst am 9. Dezember 1859 geklagt; die Klage sei demnach verjährt, und deßhalb unter Kostenfolge abzuweisen.

Eventuell wurde aber

2. Von beklagter Seite behauptet, der § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes sei unanwendbar.

Die Klage behaupte das Gegentheil, gestützt auf das Publicandum vom 23. März 1855.

Allein es falle der § 25 des Preußischen Gesetzes unter den Begriff der in Art. 8 des Landesvergleichs als gleichgültig bezeichneten Gesetze, zu welchen die ständische Zustimmung erforderlich sei. Daß dieser erfolgt, liege nicht vor; vielmehr dürfe das Gegentheil angenommen werden, da sonst das Publicandum selbst darauf Bezug genommen haben würde.

Auch auf die Gesellschaftsstatuten könne man sich für die Geltung des § 25 des Preußischen Gesetzes nicht berufen, denn es könne der Landesherr in keiner Form und unter keinen Umständen Normen aufstellen, welche unter den Begriff der gleichgültigen Verordnungen fielen.

3. Sollte aber auch der § 25 des Preußischen Gesetzes hier anwendbar sein, so würden dem Kläger die beiden den Beklagten daselbst freigelassenen Einreden entgegenstehen:

a. daß der Schaden durch dessen eigene Schuld, und
b. durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden.

Beide Einreden seien begründet.

Einmal sei der Schaden durch die eigene Schuld des Klägers bewirkt worden.

Diese Einrede wird in eingehender thatsächlicher Weise dahin begründet, daß der Kläger die Nachtkoppel, worin die Pferde eingeschlossen waren, in der fraglichen Nacht nicht gehörig zugemacht habe.

Die zweite Einrede aber, daß der Schaden durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden sei, sei durch folgendes begründet:

Die Nachtzüge seien auf Befehl, resp. mit Genehmigung der betreffenden Regierung eingerichtet; die Anordnungen zur Vermeidung der Gefahr bei solchen mit Genehmigung der Regierung getroffen. Die Lokomotiven seien durch zwei Lampen von der besten Construktion und der größten Leuchtkraft erhellt; durchschnittlich auf jeder Meile seien 8 Bahnwächter, welche die Bahn vor jedem Zuge sorgfältig nachzusehen hätten.

Alle diese Vorsichtsmaßregeln seien nun im Fragefalle zur Anwendung gekommen; von der Eisenbahngesellschaft könne man

nicht mehr verlangen, als daß sie alle Vorsicht anwende, welche ihr durch die bestehenden Reglements vorgeschrieben seien. Kläger würde aber nicht im Stande sein, zu sagen, welche weiteren Vorsichtsmaßregeln hätten angewendet werden müssen, um den eingetretenen Schaden zu verhüten.

Der Lokomotivführer könne mittelst der angebrachten Lampen nur auf 60 Fuß vor sich sehen; wenn auch alle Hülfsmittel in Anwendung gebracht würden, so würde der Zug die nächsten 100 Fuß mit beinahe ungeminderter Schnelligkeit zurücklegen. Das Pferd sei aber unmittelbar vor dem Zuge auf die Bahn gesprungen. Außerdem sei in der betreffenden Nacht ein starker Nebel gewesen. —

Rechtliche Beurtheilung.

Bei der rechtlichen Beurtheilung der vorliegenden Streitsache kommt es vor Allem darauf an, ob der § 25 des Preuß. Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen hier Anwendung findet. Denn sollte dies zu verneinen, also die angestellte Klage nach gemeinem Rechte zu beurtheilen sein, so wäre dieselbe jedenfalls abzuweisen.

Nach gemeinem Rechte nämlich könnte, da hier von einer Anwendung der actio in factum de recepto nicht die Rede, von einer Verurtheilung der beklagten Eisenbahngesellschaft zum Ersatze des durch Ueberfahrung des in Frage stehenden Pferdes entstandenen Schadens jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn die Beklagten in dieser Hinsicht ein Verschulden träfe. Da nun ein solches Verschulden von klägerischer Seite in keiner Weise behauptet und noch weniger substantiirt worden ist, so müßte, die Unanwendbarkeit des Preußischen Gesetzes vorausgesetzt, die angestellte Klage jedenfalls angebrachtermaßen abgewiesen werden.

Ist dagegen das Preußische Gesetz auf den Fragefall anzuwenden, so verhält es sich anders, indem dieses Gesetz zur Begründung einer Schadensersatzklage gegen die Eisenbahn-Gesellschaft ein Verschulden derselben nicht erfordert.

Bei Prüfung der Anwendbarkeit des § 25 des Preußischen Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen kann nun von einem Eingehen auf die bestrittene Frage abgesehen werden, ob die Gerichte befugt und verpflichtet, die Nothwendigkeit ständischer Mitwirkung zu einer landesherrlichen Verordnung zu untersuchen, und ob sie, falls sie eine solche Mitwirkung für nöthig erachten und dieselbe nicht stattgefunden, von der Anwendung der betreffenden Verordnung zu abstrahiren.

Es bestimmt nämlich das Statut der Berlin-Hamburger Eisenbahngesellschaft, § 2, daß die Rechte und Verbindlichlichkeiten der Gesellschaft, soweit das Statut dieselben nicht vertragsmäßig feststellt, nach den Bestimmungen des K. Preuß. Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 geregelt und beurtheilt werden sollte, — wie solche in den Art. 5 — 16 des unter den betheiligten Regierungen (Preußen, Mecklenburg, Hamburg) abgeschlossenen Staatsvertrags bereits modificirt seien, oder künftig, zufolge Einverständnisses der betreffenden Regierungen, — noch ergänzt, erläutert oder abgeändert werden möchten.

Die Concession der betreffenden Eisenbahnunternehmungen, sowie die Anerkennung der Berlin-Hamburger Gesellschaft als Corporation ist nun durch Großh. Verordnung vom 4. April 1845 ausdrücklich auf die Grundlage der betreffenden Statuten geschehen und endlich durch Großh. Verordnung vom 23. Mai 1855 erklärt worden, daß zur Erläuterung und Ergänzung der von der besagten Gesellschaft unter dem 4. April 1845 ertheilten Concessions- oder Bestätigungs-Akte bestimmt werde, es solle der § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes auf die Gesellschaft Anwendung finden. —

Die Geltung des § 25 des Preußischen Gesetzes gegenüber der Berlin-Hamburger Eisenbahngesellschaft beruht demnach auf einer Bestimmung ihrer landesherrlich genehmigten Statuten; auf einem Vorbehalt, welchen der Landesherr mittelst dieser Statuten bei Anerkennung der Gesellschaft dafür gemacht, dieselben noch in einem weiteren Umfange, als die Statuten es

schon gethan, den durch das Preuß. Gesetz statuirten Verpflichtungen unterwerfen zu können.

Wie nun der Landesherr zweifellos eine Eisenbahnconcession ertheilen und einer Gesellschaft Corporationsrechte geben kann, ohne ständische Mitwirkung, so weit es sich nicht etwa um Ertheilung von Expropriationsrechten an diese Gesellschaft handelt, so kann er auch die Bedingungen jener Concession und Anerkennung als Corporation ohne ständische Genehmigung zu rechtsgültiger Weise feststellen. Dies kann er zweifellos, so weit es sich lediglich darum handelt, jener Gesellschaft Pflichten aufzulegen, von einem Eingriffe in Rechte Dritter oder einer Abänderung der bestehenden Landesgesetze aber nicht die Rede ist. Und in der That handelt es sich bei Anwendung des § 25 des Preuß. Gesetzes als Norm für die Eisenbahngesellschaft lediglich um die Einführung einer strengeren Verpflichtung derselben wegen Ersatzes von Schaden, um die Einführung einer strengeren Haftung, deren künftigen möglichen Statuirung sich die Gesellschaft durch ihre Statuten unterworfen hatte. — Die Ausführung der Beklagten, daß der Landesherr ohne ständische Mitwirkung in keiner Form Gesetzesnormen aufstellen könne, ist deshalb nicht zutreffend, weil es sich hier nicht um eine Gesetzesnorm, sondern um eine Verpflichtung handelt, welcher sich die Gesellschaft in der Form einer Unterwerfung unter das Preuß. Gesetz unterzogen hat.

Ist nun der § 25 des Preuß. Gesetzes hier anzuwenden, so erscheint die angestellte Klage, unerachtet sie ein Verschulden der beklagten Gesellschaft nicht behauptet, als genügend substantiirt, und auch unter der Voraussetzung als fundirt, daß Kläger den Beweis erbringt, es habe das überfahrene Pferd ihm eigenthümlich angehört und sei dasselbe 250 Thaler oder wie viel weniger werth gewesen.

Nun entsteht die Frage, ob nicht die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung begründet, und wie es sich mit den beiden anderen von der Beklagten gegen die Schadensersatzpflicht selbst geltend gemachten Einreden verhält.

Die Einrede der Verjährung ist aber unbegründet.

Allerdings bestimmt das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 6 § 54:

„Wer einen außerhalb dem Falle eines Contractes „erlittenen Schaden innerhalb 3 Jahren, nachdem das „Dasein und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft „gelangt sind, gerichtlich einzuklagen vernachlässigt, der „hat sein Recht verloren;"

und müßte demnach, wenn diese Bestimmung hier anzuwenden wäre, das Klagerecht des Klägers für erloschen erklärt werden.

Allein es ist diese Bestimmung des Preuß. Landrechts hier unanwendbar.

Die Großh. Verordnung hat lediglich den § 25 des Preuß. Gesetzes vom Jahre 1838 als maßgebend für die Schadensersatzpflicht der Eisenbahngesellschaft im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin erklärt, und zwar mit Berufung auf die der Gesellschaft ertheilte Concession und Bestätigung und resp. deren Statuten. — Weder der § 25 des Preuß. Gesetzes vom Jahre 1838, noch auch die Statuten der Gesellschaft, soweit sie vorliegen, oder die Concessions- und Bestätigungs-Akte, sowie die Groß. Verordnung vom 23. Mai 1855 nehmen Bezug auf das Preuß. Landrecht.

Ein äußerer Grund also für die Annahme, daß hier die Preuß. Vorschriften über Verjährung anzuwenden, liegt nicht vor.

Ebensowenig aber ein innerer Grund. Wenn die Beklagte behauptet, die Einrede der Verjährung, die ihr, wenn sie bei einem Preuß. Gerichte beklagt wäre, zustehen würde, müßte ihr auch vor einem Mecklenburgischen Gerichte zustehen, denn es sei die Absicht der drei betheiligten Regierungen gewesen, daß die Eisenbahngesellschaft in den drei Territorien in gleicher Weise für Beschädigungen, die durch ihren Betrieb entstanden, hafte, so trifft dies deßhalb nicht zu, weil diese Absicht, was die Mecklenburg-Schwerinsche Regierung anbetrifft, nur hinsichtlich des Prinzipes über Schadensersatzpflichtigkeit bis jetzt

ihren Ausdruck erhalten, nicht aber hinsichtlich der Grundsätze über die Dauer der Zulässigkeit gerichtlicher Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.

Die Absicht, die Eisenbahngesellschaft in den drei betheiligten Territorien denselben materiellen Grundsätzen hinsichtlich ihrer Schadensersatzpflicht zu unterwerfen, involvirt nicht mit Nothwendigkeit die Absicht, die Dauer der Klage in allen drei Territorien gleich zu machen.

Wenn der Ort des Eintrittes des beschädigenden Ereignisses und der Ort der Klageanstellung zusammenfallen, wie in der vorliegenden Sache, so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß in Ermanglung anderweitiger ausdrücklicher Bestimmung auch das Gesetz jenes Ortes für die Verjährung der betreffenden Klage maßgebend ist, also hier das gemeine Recht, nach welchem dann die angestellte Klage für nicht verjährt zu betrachten ist.

Hiernach ist die angestellte Klage nicht allein für genügend substantiirt, sondern auch für nicht versäumt zu erachten, und nur noch zu prüfen, wie es sich mit der einen oder anderen der beiden Einreden verhält, mittelst welcher Beklagte die ihr prinzipiell obliegende Schadensersatzpflicht elidiren will.

Das hier anzuwendende Preuß. Gesetz stellt den Grundsatz fest, daß die Eisenbahngesellschaft schlechtweg für jeden Schaden haften solle, welcher bei Beförderung auf der Bahn, und zwar nicht blos an beförderten Personen oder Sachen, sondern auch an anderen Personen oder Sachen entstehe. Die Eisenbahngesellschaft soll zum Ersatze eines solchen Schadens verbunden sein, ohne daß ihr irgend ein Verschulden deßhalb nachgewiesen zu werden brauchte.

Dieser Schadensersatzpflicht soll sie nur entgehen können, durch einen von ihr alternativ zu erbringenden Beweis, daß

entweder der Schaden durch die eigene Schuld des Klägers bewirkt worden,

oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall.

Die Beklagte hat nun zunächst behauptet, daß der entstandene Schaden durch die eigene Schuld des Klägers bewirkt worden.

Die Beklagte hat diese Einrede mittelst Ausführung einer doppelten Thatsache substantiirt, nämlich einmal durch die Behauptung, daß die Nachtkoppel in ungenügender Weise angelegt gewesen, und dann durch die andere Behauptung, daß Kläger die Nachtkoppel nicht gehörig zugemacht habe. —

Was nun die erstere Behauptung anbetrifft, so bedarf es einer Prüfung der Frage nicht, ob die Nachtkoppel, über deren Einrichtung die Parteien übereinstimmen, in genügender Weise angelegt war, ob namentlich dieselbe, wie Kläger behauptet, so eingerichtet war, wie dies in der Gegend seit undenklichen Zeiten üblich gewesen. Insbesondere kann davon nicht die Rede sein, der beklagten Eisenbahngesellschaft den Beweis aufzulegen, daß die Nachtkoppel in ungenügender Weise angelegt war und daß sie nicht in einer der Gegend üblichen Weise eingerichtet gewesen.

Denn sollte dies auch der Fall gewesen sein, so würde deßhalb nicht den Kläger, sondern dessen Gutsherrn ein Verschulden treffen, und dadurch die beklagte Eisenbahngesellschaft nach Maßgabe des § 25 des Preuß. Gesetzes von der Schadensersatzpflicht gegenüber dem Kläger nicht entbunden sein. —

Schon in der Klage wurde vom Kläger angegeben, daß die Nachtkoppel zu W., aus welcher das überfahrene Pferd ausgebrochen, eine von der Gutsherrschaft zu W. angelegte und erhaltene sei, zu deren Benutzung er, Kläger, berechtigt gewesen.

Es kann aber als zugestanden betrachtet werden, daß die Nachtkoppel zu der Gutsherrschaft gehört und von ihr eingerichtet worden ist. Wenn dies aber der Fall, so war Kläger gewiß nicht verpflichtet, wie Beklagte meint, für eine entsprechende, d. h. bessere Befriedigung der Nachtkoppel zu sorgen. Er war hierzu sicherlich nicht gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, in deren Auftrage das Patrimonialgericht für W. in den adjungirten Acten ausdrücklich erklärt:

„daß die Einfriedigung der in Rede stehenden Nachtkoppel sowie deren sichere und gehörige Instandhaltung

„nicht Sache des Holländerei-Pächters, sondern der Guts-„herrschaft sei.“

Allein auch der Eisenbahngesellschaft gegenüber war Kläger zu einer besseren Einfriedigung der ihm nicht gehörigen Nachtkoppel nicht verpflichtet, dies um so weniger, als er gewiß zu einer solchen ohne Einwilligung nicht berechtigt war.

War die Nachtkoppel nämlich nicht gehörig eingefriedigt, so trifft deshalb die Gutsherrschaft ein Verschulden und nicht den Kläger, und kann diese fremde Schuld die Eisenbahngesellschaft von der Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Kläger nicht befreien.

Die Einrede, daß den Kläger bezüglich des eingetretenen Schadens ein eigenes Verschulden treffe, hat aber die Beklagte weiter durch die Behauptung substantiirt, daß Kläger die Nachtkoppel nicht gehörig zugemacht habe.

Dieser Vorwurf ist nun allerdings ein solcher, welcher, wenn er für gegründet zu erachten, geeignet wäre, die Schadensersatzpflicht der Beklagten zu elidiren, da es durch die Uebereinstimmung der Parteien feststeht, daß das überfahrene Pferd durch den gewöhnlichen Eingang der Nachtkoppel aus derselben ausgebrochen, wie Kläger sagt; da es diesem letzteren bei Benutzung der gutsherrlichen Nachtkoppel gewiß oblag, alle in seiner Gewalt stehenden Vorsichtsmaßregeln anzuwenden. Beklagte geht nun auch davon aus, daß die Thatsache, es habe Kläger die Nachtkoppel nicht gehörig zugemacht, für erwiesen zu erachten sei.

Die von der Beklagten hiefür geltend gemachten Umstände, deren Ausführung hier unterbleiben kann, lassen indeß eine solche Schlußfolgerung nicht zu.

Die Einrede, der stattgehabte Schaden sei durch die eigene Schuld des Klägers bewirkt worden, weil dieser die Nachtkoppel nicht gehörig zugemacht habe, erscheint hiernach als eine zulässige und hinreichend substantiirte, allein unbewiesene und ist demnach Beklagter zum Beweise zu verstellen.

Es hat aber die Beklagte ihre Schadensersatzverbindlichkeit gegen den Kläger durch eine fernere Einrede zu elidiren gesucht, daß der betreffende Schaden durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden.

Diese Einrede hat die Beklagte im Wesentlichen durch die Behauptung substantiirt, daß bei dem Nachtzuge, durch welchen das fragliche Pferd überfahren worden, alle gewöhnlichen und der Eisenbahngesellschaft zur Pflicht gemachten Vorsichtsmaßregeln angewendet worden, woraus nun folgen soll, daß, da durch diese Vorsichtsmaßregeln das Ueberfahren des Pferdes nicht abgewendet worden, hier ein unabwendbarer äußerer Zufall vorliege.

Indessen bedarf es hier eines näheren Eingehens auf die Frage, was der § 25 des Preuß. Gesetzes unter einem unabwendbaren äußeren Zufall versteht. —

Soll die Eisenbahngesellschaft von der ihr principiell obliegenden Verpflichtung, jeden bei Beförderung auf der Bahn entstandenen Schaden zu ersetzen, entbunden sein, so muß sie beweisen, daß der entstandene Schaden durch einen Zufall bewirkt worden, der eine doppelte Eigenschaft an sich trägt, nämlich daß er einmal ein äußerer und dann ein unabwendbarer gewesen.

Es entsteht hier sonach zunächst die Frage, was ist äußerer Zufall im Sinne des Gesetzes.

Eine Antwort hierauf ist unzweifelhaft in den unmittelbar folgenden Worten des Gesetzes enthalten:

„Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist
„als solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall
„nicht zu betrachten.“

Ein äußerer Zufall ist hiernach wohl das den Schaden veranlassende Ereigniß, welches nicht aus der Gefährlichkeit der Unternehmung selbst entsprungen, wie dies z. B. bei einer Explosion des Dampfkessels der Fall ist, — oder bei einem durch die aus der Locomotive sprühenden Funken entstandenen Brande. Hiernach ist denn gewiß das Betreten der Bahn durch ein Pferd, wenn dieses Betreten dem Schadenersatz Ansprechen=

den nicht zur Schuld fällt, als äußerer Zufall zu betrachten.

Was ist aber ein unabwendbarer Zufall?

Die Beantwortung dieser Frage kann nicht nach denselben Grundsätzen wie beim receptum geschehen. Man kann demnach hier nicht sagen, unabwendbarer Zufall ist das beschädigende Ereigniß, welches weder eine schuldhafte Handlung der Eisenbahn (des Schaffners, Zugführers), noch ihrer eigenen Dienstleute und Passagiere, noch endlich dritter Personen ist. —

Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. III. S. 93 flgd.

Denn es handelt sich hier nicht um eine Sache, welche der Eisenbahn zur Beförderung übergeben worden, welche sie also in dem Maße bewahren konnte, daß eine Beschädigung durch ihre Angestellten, Passagiere, sowie durch dritte Personen verhindert würde, sondern um eine der Eisenbahn nicht anvertraute Sache.

Man ist hier demnach lediglich an den Ausdruck des Gesetzes „unabwendbarer Zufall" gewiesen. — Dieser Ausdruck kann aber in doppelter Weise verstanden werden.

Es kann damit gemeint sein nur ein Ereigniß, welches seiner Natur nach nicht abgewendet werden konnte, wie Blitz, Bergsturz.

Nimmt man an, daß der § 25 des Preuß. Gesetzes unter einen unabwendbaren Zufall ein solches Ereigniß gemeint, so war das Betreten der Eisenbahn durch das Pferd, nicht dessen Erreichung durch die Locomotive ein unabwendbarer Zufall.

Unter unabwendbaren Zufall kann man aber auch ein Ereigniß verstehen, welches, obwohl an sich abwendbar, doch im concreten Falle nicht abgewendet werden konnte. Ein derartiges Ereigniß kann möglicher Weise das Ueberfahren des Pferdes durch die Locomotive sein.

Die richtige Auffassung scheint nun die zu sein, daß unter dem unabwendbaren Zufall ein solches Ereigniß zu verstehen, welches gleichgültig welcher Art, in concreto nicht abgewendet werden konnte. —

Dafür spricht einmal die Natur der Sache. Denn es ist gewiß an und für sich bei der Frage nach der Schadensersatzpflichtigkeit gleichgültig, ob ein Ereigniß seiner Natur nach oder nach der Beschaffenheit des concreten Falles nicht abgewendet werden konnte. Dafür spricht aber ferner der Umstand, daß das römische Recht unter vis major, casus, casus fortuitus Ereignisse irgend welcher Art versteht, die nicht abgewendet werden konnten.

Goldschmidt, S. 90.

Die Erreichung des überfahrenen Pferdes durch den Bahnzug kann hiernach allerdings ein unabwendbarer Zufall gewesen sein. — Sie kann es, wenn, wie Beklagte behauptet, das Pferd unmittelbar vor Ankunft des Bahnzuges auf die Bahn gesprungen, oder auch der Nebel die Wahrnehmung des Pferdes verhindert, Behauptungen des Beklagten, die von klägerischer Seite nicht zugegeben worden.

Hiernach wäre dann zu erkennen:

1. Kläger hat zu beweisen, daß das in der Nacht vom 23. auf 24. Juni 1855 überfahrene Pferd ihm eigenthümlich angehört und daß dasselbe einen Werth von 250 Thaler oder wie viel weniger gehabt habe. —
2. Beklagter hat zu beweisen: entweder, daß Kläger in der betreffenden Nacht die Nachtkoppel nicht gehörig zugemacht habe oder das Pferd unmittelbar vor seiner Ueberfahrung durch die Locomotive auf die Bahn gesprungen.
3. Kosten ausgesetzt.

Collision der Statuten. — Obligationenrecht: — Civilprozeßrecht. (Gerichtsstand).

I. Welches örtliche Recht ist für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses maßgebend, wenn Mitglieder eines

Consortiums, die ihren Wohnsitz in verschiedenen Rechtsgebieten haben und schon zur Zeit der Begründung der Obligation, deren Erfüllung den Streitgegenstand bildet, hatten, an **einem** bestimmten Vertragsorte sich zur Hingabe eines Gelddarlehens verpflichtet, also ein pactum de mutuo dando mit einem Mitcontrahenten abgeschlossen haben, der Erfüllungsort für die Verpflichtung der einzelnen Consorten aber alternativ zwischen dem Orte des Sitzes des Darlehensnehmers und den verschiedenen Domizilorten der Consorten festgesetzt ist, während nach dem aus concludenten Thatsachen zu folgernden Willen sämmtlicher Betheiligten lediglich ein einheitliches Recht für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zur Anwendung kommen soll?

II. Nach der **gemeinen Meinung** ist, wenn nicht überhaupt, so doch in solchen Fällen, in welchen das anzuwendende örtliche Recht ein an sich zweifelhaftes ist der Wille der Contrahenten, auch wo er nicht ausdrücklich erklärt ist, sondern allein aus facta concludentia sich ergibt, für die Bestimmung des Rechts, nach welchem die Obligation in ihrer materiellen Gültigkeit und Wirksamkeit beurtheilt werden soll, maßgebend, sofern nicht zwingende Gesetze des Landes, woselbst das Streitverhältniß zur Aburtheilung kommt, entgegenstehen.

III. Hat der Mitcontrahent, welcher mit dem anderen Theil einen Vertrag über Hingabe eines Darlehens an einen Dritten abschloß, aus diesem Vertrage Rechte gegenüber dem Darlehensversprecher erworben, wenn dessen obligatorische Leistung kein pecuniäres Interesse für ihn, den Gläubiger hat?

IV. Ueber die Statthaftigkeit und Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht, nach verschiedenen Landesgesetzgebungen, insbesondere preuß. Landrecht, Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nach französischem Recht, dem österreichischen Gesetzbuch und

endlich namentlich nach dem hier zur Anwendung kommenden örtlichen Rechte, dem Civilgesetzbuch für den Canton Bern.

V. Eine bereits theilweise in Folge eines ungültigen Vertrags erfolgte Leistung des Obligirten stellt sich als Zahlung eines Indebitums dar, dagegen liegt in jener Leistung keine Bestätigung des nichtigen Geschäfts, soweit dasselbe noch nicht erfüllt ist, keine Anerkennung einer auf diese Erfüllung bezüglichen Verbindlichkeit des Obligirten, wenn es an jedem Momente fehlt, welches auf eine solche Absicht hinweist. —

VI. Kommt demjenigen Paciscenten, welcher sich aus einem pactum de mutuo dando zur Hingabe eines Darlehens verpflichtet hat, nicht eine exceptio doli zu Statten, wenn die Voraussetzungen, unter welchen die Darlehenshingabe vereinbart ist, demnächst ermangeln, insbesondere dann, wenn die Hingabe des Darlehens für die Ausführung eines bestimmten Unternehmens unter Veranschlagung eines festen Baucapitals zugesichert ist, sich demnächst aber ergibt, daß mit den ursprünglich veranschlagten Mitteln das Unternehmen gar nicht und jedenfalls nur mittelst Beschaffung anderweitiger Mittel hergestellt werden kann, sodaß für den Darlehensversprecher die vertragsmäßig vereinbarte Verzinsung und Rückzahlung des Capitals innerhalb bestimmter Zeit gefährdet wird?

VII. Steht demselben Paciscenten nicht auch eine fernere exceptio doli zu, wenn das ursprünglich planmäßig festgestellte Unternehmen, für dessen Bau die Darlehens-Hingabe von ihm versprochen war, wegen unzureichend veranschlagter Mittel in einzelnen Punkten nachträglich beschränkt wird, und also durch verminderte Rentabilität des Unternehmens die zugesagte Verzinsung und allmählige Rückzahlung des Darlehens gefährdet erscheint?

VIII. Steht den Actionären und den Abnehmern von bereits ausgegebenen Prioritäts-Obligationen ein Regreßrecht gegen das Gründer-Consortium zu, welches die Unterbringung des Grundcapitals und Abnahme einer bestimmten Summe von Prioritäts-Obligationen übernommen, aber die Abnahme eines Restes von Prioritäts-Obligationen gegenüber der Actiengesellschaft verweigert, weil das Consortium der Gesellschaft gegenüber nicht rechtlich verpflichtet ist?

IX. Ueber die Begründung des Gerichtsstandes, insbesondere das forum contractus und forum prorogatum. Eine prorogatio fori, welche durch eine dem Beginn des Rechtsstreits vorausgehende Uebereinkunft stattfindet, kann nur mittelst einer Vereinbarung der Parteien geschehen, also durch einen Vertrag, welcher zwischen dem künftigen Kläger und dem künftigen Verklagten geschlossen wird.

Rechtsgutachten

in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Mitglieder des internationalen Consortiums für die Ausführung des Gotthard-Bahn-Unternehmens, betr. die Verpflichtung zur Uebernahme weiterer 20 Millionen Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft.

Auf Grund eines Beschlusses der am 20. Nov. 1877 in Frankfurt a. M. zusammengetretenen Vertreter einer Anzahl Mitglieder des obengenannten Consortiums, nämlich der Darmstädter Bank, der Disconto-Gesellschaft in Berlin, der Schweizer Creditanstalt, sowie der Bankhäuser S. Bleichröder in Berlin, Bischoff zu St. Alban in Paris und N. Geiser u. Comp. in Turin sind wir um die rechtliche Begutachtung der zweifachen Frage angegangen worden, ob und inwiefern das Consortium verpflichtet sei, weitere 20 Millionen Partial-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft einzuzahlen und wo für die etwaige Anstellung einer bezüglichen Klage der Gerichtsstand der Consorten als begründet erscheint.

I. Das thatsächliche Verhältniß.

§ 1.

Der Inhalt der mitgetheilten Actenstücke.

Zur Anstrebung einer Gotthardbahn hatte sich in der Schweiz eine Vereinigung Schweizerischer Cantone und Eisenbahn-Gesellschaften unter dem Namen Gotthardvereinigung oder „réunion des cantons et des compagnies Suisses des chemins de fer promotrices de la ligne Suisse de St. Gotthard" gebildet. Nachdem durch die Bemühungen des durch diesen Verein bestellten Gotthard-Comites die ersten Studien über die durch die Alpen zu führende Eisenbahn vorgenommen worden waren, trat auf Veranlassung der Gotthard-Vereinigung im Jahr 1869 in Bern eine internationale Conferenz zusammen, deren Zweck es war, sich darüber schlüssig zu machen, wie die Verbindung der deutschen und der italienischen Eisenbahnen durch eine schweizerische Gotthardbahn ermöglicht werden könne.

In Folge dieser Conferenz kam am 15. Oktober 1869 in Bern zunächst ein Vertrag zwischen der Schweiz und Italien zu Stande, welcher unter'm 27. Juli 1870 und dem 22. Oktober 1871 durch die contrahirenden Staaten bestätigt wurde. Dieser Vereinbarung gemäß sollte die Ausführung des Gotthard-Unternehmens einem Actienverein, dessen Statuten von der eidgenössischen Regierung genehmigt sind, anvertraut und der Eisenbahn-Gesellschaft die nöthige staatliche Subvention gegeben werden. Der Betrag des Subventions-Capitals war auf Grund des Schlußprotokolls der Berner Conferenz auf 85 Millionen Frcs. festgestellt (art 16 des Staatsvertrags.)

Unterm 28. Oktober 1871 trat das deutsche Reich jenem Vertrage bei, indem es sich verpflichtete, an dem festgesetzten Betrage der Subsidien mit der Summe von 20 Millionen Frcs. theilzunehmen, während die Schweiz die nämliche Summe, Italien 45 Millionen Frcs. beitragen sollte. Der Beitritt Deutschlands wurde durch das Reichsgesetz vom 2. Nov. 1871 bestätigt.

Bereits am 10. October 1871 war in Bern zwischen der

durch Nationalrath Dr. Escher vertretenen Gotthard-Vereinigung einerseits und anderseits der Direction der Disconto-Gesellschaft in Berlin, der Bank für Handel und Industrie in Darmstadt, dem A. Schaffhausenschen Bankverein und dem Bankhaus S. Oppenheim jun. u. Comp. in Cöln, sämmtlich vertreten durch den Geh. Commercienrath Hansemann ein Vertrag betreffend die Beschaffung des Baucapitals für die Gotthardbahn abgeschlossen worden. Durch diese Uebereinkunft übernahmen die vier genannten Firmen zum Zweck der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens die Bildung eines internationalen Consortiums, welches aus drei Gruppen bestehen sollte, nämlich aus einer Gruppe von italienischen Bankinstituten und Bankhäusern, einer Gruppe von Schweizerischen Eisenbahn-Gesellschaften, Bankinstituten und Bankhäusern, und einer Gruppe von deutschen Bankhäusern und Bankinstituten. Die deutsche Gruppe, welche sich bei dem Consortium mit einem Drittheile des ganzen Geschäfts betheiligte, und jeder der beiden anderen Gruppen eine gleiche Betheiligung vorbehielt, sollte zunächst aus den vier mit der Gotthard-Vereinigung contrahirenden Banken und beziehungsweise Bankhäusern bestehen. Doch wurde der Eintritt in den Vertrag, und resp. in die deutsche Gruppe des zu bildenden Consortiums noch einigen anderen näher bezeichneten Gesellschaften und Häusern reservirt — ein Vorbehalt, auf dessen Grund später die Bankhäuser M. A. v. Rothschild u. Söhne in Frankfurt a. M. und Bleichröder in Berlin den Beitritt zum Consortium erklärten.

Der Vertrag vom 10. Oct. 1871 oder s. g. Gotthard-Vertrag traf nähere Bestimmungen über das von den paciscirenden Bankhäusern zu bildende Consortium, sowie über die Gotthard-Eisenbahngesellschaft, welche das Consortium ins Leben rufen sollte.

Das Consortium sollte die Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft auf Grund eines anliegenden Statuten-Entwurfs errichten. Es sollte ferner die das Grundcapital des Actienvereins darstellenden Actien im Gesammtbetrag von 34 Mill. Frcs. übernehmen und endlich zur festen Uebernahme der

im Betrage von 68 Millionen Frcs. von der Eisenbahn-Gesellschaft zu emittirenden Prioritäts-Obligationen verpflichtet sein.

Andrerseits machte sich der Ausschuß der Gotthard-Vereinigung verbindlich, die in seinem Besitze befindlichen Concessionen für das gesammte Gotthardbahnnetz nebst allen daraus hervorgehenden Rechten und Pflichten an die durch das Consortium zu bildende Gesellschaft abzutreten.

Für die genaue Erfüllung des Gotthard-Vertrags in allen seinen Theilen sollte das Consortium der Gotthard-Vereinigung eine Realcaution von 10 Millionen Frcs. mittelst Deposition von Werthen beim Schweizer Bundesrath stellen, und diese Caution geleistet werden, sobald die Frist für den Beitritt des Schweizerischen und italienischen Capitals zum Consortium abgelaufen sein, resp. endgültig feststehen würde, aus welchen Firmen das Consortium bestehe. Daneben wurde das Consortium für verpflichtet erklärt, der Gotthardbahn-Gesellschaft für die **Uebernahme der Obligationen** eine Caution zu bestellen, welche jeweilen 20% des nicht abgenommenen Theiles der Obligationen zu betragen habe.

Der Vertrag sollte in Wirksamkeit treten, sobald der in Aussicht stehende Staatsvertrag zwischen der Schweiz, Deutschland und Italien behufs der Zusicherung der Subvention von 85 Millionen Frcs. abgeschlossen sein würde.

Jenem unterm 10. October 1871 für die Beschaffung des Baucapitals der Gotthardbahn eingegangenen Vertrage war als Beilage der Entwurf eines zur Bildung des in Aussicht genommenen Consortiums beabsichtigten Syndicatsvertrags beigegeben.

Durch den letztgenannten in Bern zum Abschluß gekommenen Vertrag wurde das Consortium als zur Durchführung des Gotthardbahn-Unternehmens gebildet bezeichnet.

Abgesehen von den Bestimmungen, welche jene Uebereinkunft über die Organisation des Consortiums enthalten, wurde daselbst insbesondere vereinbart, daß jedes Mitglied des Consortiums alle Verpflichtungen, welche letzteres bezüglich der Uebernahme von Actien und Obligationen gegen

die Gotthard-Vereinigung und die Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft übernommen, nach Verhältniß seiner Betheiligung und mit Ausschluß der Solidarität im directen Verkehre mit der Gotthard-Vereinigung, und der Gesellschaft zu erfüllen habe. Die projectirte Eisenbahngesellschaft wurde nun durch das Consortium ins Leben gerufen, von den durch dasselbe übernommenen Stammactien im Gesammtbetrag von 34 Mill. Frcs. sind 60%, von den Prioritäts-Obligationen 48 Millionen einbezahlt, ohne daß in dieser Hinsicht eine Uebereinkunft zwischen den Consorten und der Vertretung der Eisenbahn-Gesellschaft stattgefunden hätte. Die Uebernahme der 20 Millionen, welche von dem in Aussicht genommenen Prioritäts-Anlehen von 68 Millionen restiren, ist eingefordert.

Doch verweigern die Consorten einstweilen die Einbezahlung dieser Summe. Diese Weigerung wird dadurch begründet, daß die Bedingungen und Voraussetzungen, unter denen das Consortium sich zur Uebernahme der Obligationen verpflichtet habe, nicht mehr bestünden. Auch sei bei dem jetzigen Stande des Unternehmens die Gefahr augenscheinlich, daß die 20 Millionen ohne alle Aussicht auf Zinsen und auf Capital-Rückzahlung hergegeben würden, da es sich gezeigt habe, daß die Herstellung der Bahn nach dem ursprünglichen Plan 102 Mill. Frcs. mehr, wie die veranschlagten 187 Mill. kosten werde.

Zwar wurde in einer in Luzern im Juni 1877 abgehaltenen internationalen Conferenz von Delegirten des Deutschen Reichs, des Königreichs Italien und der Schweizerischen Eidgenossenschaft auf Grund eines neuen Anschlags der Mehrbedarf über die 187 Millionen auf rund 40 Millionen Frcs. berechnet. Allein es stützt sich diese Berechnung auf erhebliche Reductionen des Bauprojects, namentlich durch Auslassung einiger Anschlußlinien. Andererseits wurde die Möglichkeit der Ausführung des neuen Bauplans nicht allein von der Einbezahlung der restirenden 40% der Actienbeträge, sowie der 20 Millonen Prioritäts-Obligationen, sondern von der Gewährung einer neuen Staatssubvention von 28 Mil-

lionen Frcs. und der Beschaffung weiterer 12 Millionen Frcs. Seitens der Gesellschaft selbst abhängig gemacht.

S. die Schrift: Conférences internationales entre l'empire d'Allemagne, le royaume d'Italie et la Confédération Suisse pour la construction du chemin de fer par le St. Gotthard, tenues à Lucerne en Juin 1877.

In dieser Sachlage beabsichtigt die Direction der Gotthard-Eisenbahngesallschaft gegen die Consorten auf die Einzahlung der 20 Millionen Prioritäts-Obligationen Klage zu erheben, zu welchem Behufe sie bereits die 26 Firmen, welche die drei Gruppen des Consortiums bilden, zu einem Aussöhnungs-Versuche vor das Friedensgericht in Bern hat laden lassen.

Unter solchen Umständen sind wir um die rechtliche Beantwortung der Frage angegangen worden, ob die Direction der Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft bei der gegenwärtigen Lage des Unternehmens befugt erscheint, auf Grund des vom Consortium mit der Gotthard-Vereinigung unterm 10. October 1871 abgeschlossenen Vertrags die Einzahlung des restirenden Betrags der Obligationen mit 20 Millionen Frcs. zu beanspruchen und ob die Mitglieder des Consortiums verpflichtet sind, auf eine solche Klage vor dem Berner Gerichte Recht zu nehmen.

II. Die rechtliche Beurtheilung.

§ 2.

Die bei der rechtlichen Beurtheilung des vorliegenden Streitverhältnisses in Betracht kommenden Gesichtspunkte.

Zur Gewinnung einer sicheren Grundlage für die Beurtheilung des vorliegenden Streitverhältnisses ist es vor Allem nöthig, das örtliche Recht zu bestimmen, welches hier als maßgebend erscheint. Eine Erörterung dieser Frage ist um deßwillen nicht zu umgehen, weil die angeblich obligirten Mitglieder des Consortiums ihren Wohnsitz in verschiedenen

Rechtsgebieten haben und schon zur Zeit der Begründung der Obligationen, deren Erfüllung den Streitgegenstand bildet, hatten. Dieses Domicil findet sich nämlich theils im Gebiete des Preuß. Landrechts, theils in demjenigen des Rheinischen (code civil) oder des gemeinen deutschen Rechts (Frankfurt a. M.) theils im Königreich Italien, theils in verschiedenen Schweizer-Cantonen. Andererseits ist der Vertrag vom 10. October 1871, aus welchem jene Verbindlichkeiten abgeleitet werden, in der Bundesstadt Bern, zum Abschlusse gelangt.

Sodann entsteht die Frage, ob durch die zwischen der Gotthard-Vereinigung und dem Consortium am 10. October 1871 in Bern getroffene Uebereinkunft eine rechtliche Verbindlichkeit der Consorten zur Uebernahme der Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahngesellschaft überhaupt entstanden ist, und ob insbesondere der letztgenannte Actienverein ein solches Recht aus jenem Vertrage oder anderweitig erworben hat. Für die Eventualität aber, daß eine rechtliche Verpflichtung der das Consortium bildenden Firmen als entstanden betrachtet werden sollte, ist weiter zu untersuchen, ob diese Banken und Bankhäuser eine gegen sie anzustellende Klage nicht mittels der Einrede der Ermangelung der Voraussetzungen, unter welchen sie die betreffenden Obligationen eingegangen, zu elidiren vermögen; — und wie es sich in dem Falle verhält, daß die in Aussicht genommene Abänderung des Gotthard-Unternehmens beschlossen werden sollte.

Auch dürfte ferner zu prüfen sein, ob das Gründer-Consortium wegen Nichteinbezahlung der restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen einem Regreßrecht der Actionäre und der Abnehmer der bereits ausgegebenen Obligationen ausgesetzt ist.

Endlich ist die Frage nach dem für die Klage auf Einbezahlung der 20 Millionen Prioritäts-Obligationen gegebenen Gerichtsstande in Betracht zu ziehen.

§ 3.

Das örtliche Recht für die Beurtheilung des vorliegenden Streitverhältnisses.

Die Verbindlichkeit der Mitglieder des Consortiums erscheint, wenn sie überhaupt besteht, als eine Verpflichtung zur Hingabe eines Gelddarlehens an die Gotthard-Eisenbahngesellschaft aus einem pactum de mutuo dando. Das Consortium soll sich verpflichtet haben, der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen Aushändigung von Theil-Schuldscheinen (Prioritäts-Schuldscheine, Prioritäts-Obligationen), welche in längstens 18 Jahren eingelöst und bis zur Kündigung mit 5 pCt. per Jahr verzinst werden sollen, eine gegebene Geldsumme herzuleihen.

Renaud, Actiengesellsch. (2. Aufl. S. 772).

Es handelt sich hier um die Feststellung des örtlichen Rechts für die Beurtheilung der materiellen Gültigkeit und der Wirkungen eines vertragsmäßigen obligatorischen Verhältnisses, während die äußere Form, mittelst deren es eingegangen worden ist, nicht in Frage steht.

Eine unmittelbare Verabredung der Parteien über das in jener Hinsicht anzuwendende Recht liegt nicht vor. Denn es kann eine solche in den Bestimmungen der §§ 11, Absatz 2 u. 18, Absatz 3 des Gotthardvertrags schon deren Wortlaut nach nicht gefunden werden, da in beiden Stellen lediglich von der Wahl eines gerichtlichen Domicils die Rede ist. Sonach steht man hier vor der ungelösten Streitfrage nach dem örtlichen Rechte für die Beurtheilung der materiellen Gültigkeit und der Wirkungen der Obligation, als welches bald das Recht des Orts der Klage, bald dasjenige des Orts, woselbst die Obligation entstanden ist (lex loci contractus), bald das Recht des Erfüllungsorts (die lex loci solutionis), bald endlich das Recht des Wohnsitzes des Schuldners für maßgebend behauptet wird.

v. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht. Hannover, 1862. S. 230 flgd.

Doch dürfte es ohne erheblichen Nutzen sein, diese vielfach erörterten verschiedenen Theorieen einer neuen Prüfung zu

unterwerfen. Eine solche mag um so mehr unterbleiben, als keines der Prinzipien als ein absolutes, d. h. schlechtweg auf alle Fälle anwendbares aufgestellt wird.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I. § 33 S. 198.

Auch kann es wohl als gemeine Meinung betrachtet werden, daß, wenn nicht überhaupt, so doch in solchen Fällen, in welchen das anzuwendende örtliche Recht ein an sich zweifelhaftes ist, der Wille der Contrahenten, auch wo er nicht ausdrücklich erklärt ist, sondern allein aus facta concludentia sich ergibt, für die Bestimmung des Rechts, nach welchem die Obligation in ihrer materiellen Gültigkeit und Wirksamkeit beurtheilt werden soll, als maßgebend erscheint, sofern nicht zwingende Gesetze des Landes, woselbst das Streitverhältniß zur Aburtheilung kommt, entgegenstehen.

Dieser Grundsatz ist nicht allein durch eine Reihe wissenschaftlicher Autoritäten anerkannt,

v. Savigny, System B. VIII. S. 203 und 248. und S. 249, 262 Note h u. S. 275 flgd.

Gerber, System (12. Aufl.) § 32 S. 86.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I. (2. Aufl.) S. 381 u. Note 6a.

v. Salpius in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XIX. S. 17 flgd.

sondern auch durch das Reichsoberhandelsgericht wiederholt ausgesprochen worden.

Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. III. S. 67, Bd. VII. S. 153, Bd. XII. S. 55 flgd.

Wendet man nun dieses Prinzip auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß an, so handelt es sich um eine Obligation, welche gegenüber der eine Mehrzahl Schweizerischer Cantone und Eisenbahn-Gesellschaften umfassenden Gotthardvereinigung zum Vortheile einer in der Schweiz zu gründenden Actiengesellschaft durch die Mitglieder eines internationalen Consortiums, welche in sehr verschiedenen Rechtsgebieten wohnten und noch wohnen, eingegangen worden ist.

Zweifellos lag es bei dieser Sachlage nicht in der Absicht der Contrahenten, daß die materielle Gülligkeit und die Wirkungen einer solchen Obligation nach verschiedenen örtlichen Rechten beurtheilt werden sollten, wie nach preußischem, französischem, gemeinem deutschen Rechte und den Rechten verschiedener Schweizer-Cantone, als den Gesetzgebungen der Domicilorte der verschiedenen Schuldner.

Vielmehr deutet die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses darauf hin, daß dasselbe im Sinne aller Betheiligten Einem örtlichen Rechte unterstehen sollte. Denn anders ließ sich, was doch offenbar diejenigen wollten, welche den sog. Gotthardvertrag abschlossen, eine rechtlich gesicherte Verbindlichkeit der sämmtlichen Mitglieder des internationalen Consortiums nicht herstellen. Andererseits war die von den Consorten übernommene Verpflichtung keine solidarische, während die volle Einzahlung der 68 Millionen Prioritäts-Obligationen für das beabsichtigte Eisenbahnunternehmen als nöthig erachtet wurde.

Weisen also die Umstände mit Nothwendigkeit darauf hin, daß das in Frage stehende Rechtsverhältniß seiner ganzen Beschaffenheit nach in materieller Hinsicht nach Einem örtlichen Rechte beurtheilt werden muß, und ist dies demgemäß als Willen der Parteien zu betrachten, so kann dieses einheitliche örtliche Recht im vorliegenden Falle nicht an dem durch den Vertrag vom 10. October 1871 vereinbarten Erfüllungsorte gefunden worden. Indem nämlich daselbst (§ 10) angeordnet ist:

„Jedes Mitglied des Consortiums kann die demselben „zustehenden Obligationen, entweder an der Kasse der „Gesellschaft abnehmen oder den Betrag provisionsfrei „an seinem Domicil zur Verfügung stellen . . . .

„Die Erklärung, ob ein Mitglied die Abnahme auf „die eine oder die andere Weise bewirken will, muß bei „der Einzahlung auf die erste der Obligationen erfolgen.“

ist der Erfüllungsort für die Einzahlungen der Beträge der Prioritäts-Obligationen alternativ nach der Wahl der Schuldner bestimmt. Es soll der einzelne Mitschuldner nach seiner Wahl

die betreffenden Beträge an der Casse der Gesellschaft, d. h. in Luzern, oder an seinem Domizilorte in Berlin, Cöln, Frankfurt a. M., Turin u. s. w. einbezahlen können. Aus dieser alternativen Bestimmung und der Möglichkeit einer Wahl verschiedener Zahlungsorte ergibt sich, daß das durch die Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses und den Willen der Parteien erforderte einheitliche örtliche Recht nicht dasjenige des Erfüllungsortes der Obligation sein kann.

Vielmehr erscheint als das örtliche Recht, nach welchem die materielle Gültigkeit und die Wirkungen der durch den sog. Gotthard-Vertrag vom Consortium übernommenen Verbindlichkeit zu beurtheilen ist, das Recht der Stadt Bern, oder mit a. W. das im alten Cantonstheile geltende Civilgesetzbuch für den Canton Bern.

Die Geltung dieses örtlichen Rechts läßt sich freilich nicht mittelst der oben bereits angezogenen Bestimmungen der §§ 11 Absatz 2 und 18, Absatz 3 des Vertrags vom 10. October 1871 betr. die Beschaffung des Baucapitals für die Gotthardbahn begründen. Denn abgesehen davon, daß der letztgenannte Paragraph eine Anordnung enthält, welche wegen Rückgabe der Caution, für deren Dauer sie getroffen war, ihre Bedeutung verloren hat, handelt es sich in beiden Stellen lediglich um die Begründung eines Gerichtsstandes. Insbesondere ist im § 11 Absatz 2 von einer prorogatio fori für eine gegen die Consorten aus der Uebernahme der Obligationen anzustellende Klage die Rede. Dies ergibt sich aus den Worten: „Nehmen die Betheiligten für die Erfüllung der ihnen aus der Uebernahme der Obligationen obliegenden Verpflichtungen in der Schweizerischen Bundesstadt Gerichtliches Domizil," während als Erfüllungsort für die Einbezahlung der übernommenen Prioritäten andere Plätze alternativ bestimmt waren.

Wenn dessenungeachtet das Bernische Civilgesetzbuch als das maßgebende örtliche Recht zu betrachten ist, so hat dies seinen Grund darin, daß der Vertrag vom 10. October 1871, aus welchem die Verpflichtung der Mitglieder des Consortiums zur Einbezahlung der Prioritäts-Obligationen herge-

leitet wird, in Bern zum Abschluß gelangt ist. — Das Bernische Civilgesetzbuch ist auf das vorliegende Streitverhältniß als Gesetz des Entstehungsortes, als lex loci contractus anzuwenden.

Diese Gesetzgebung ist um deßwillen hier die entscheidende, weil die durch die Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses erforderte Anwendung eines einheitlichen Rechts die Beurtheilung der Sache nach dem Rechte der verschiedenen Domizilorte der Mitschuldner ausschließt und andererseits die Vereinbarung verschiedener zu wählender Erfüllungsorte für die Einbezahlung der Prioritäts-Obligationen darauf hinweist, daß die Gesetzgebung der Erfüllungsorte nach dem Willen der Betheiligten für die materielle Beurtheilung des Streitverhältnisses nicht maßgebend sein sollte. Das Prinzip endlich, wonach das Recht des Orts der Klage für das obligatorische Verhältniß entscheidend sein soll, würde entweder auf Bern zurückführen oder, falls ein Gerichtsstand für die Mitglieder des Consortiums daselbst nicht besteht, auf die verschiedenen Gesetzgebungen der Domicilorte der Mitschuldner, was den früheren Ausführungen zufolge offenbar nicht gewollt war.

Die lex loci contractus ist also das örtliche Recht, dem das vorliegende Rechtsverhältniß seiner Natur nach angehört, und welches daher als das von sämmtlichen Betheiligten gewollte erscheint.

In diesem Sinne sagt denn auch Foelix, traité de droit international privé (3. edit) revue et augmentée par C. Demangeat, Paris 1856, tom. I. p. 208, 209.

»Mais lorsque les divers contractans n'ont pas la »même patrie, le même domicile, on ne saurait donner »la préférence aux loi de la patrie ou du domicile de »l'un d'eux prétendrait avoir eue de se reporter aux lois »et usages de sa patrie, car il est de l'essence du droit »commun, qu'il y ait consentement commun des parties »sur tout ce qui compose le contrat . . .

»Dès lors on a dû admettre, que leur volonté s'en »est rapporté à une loi commune, et, par un accord

»à peu près unanime les auteurs et les tribunaux ont »admis en principe qu'il faut s'arrêter à la loi du lieu »où le contrat a été passé.“

Wenn demgemäß die nachfolgende Untersuchung der rechtlichen Verbindlichkeit der Mitglieder des Consortiums zur Uebernahme der Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft auf Grundlage des Bernischen Rechts zu führen ist, so dürfte schon jetzt die Bemerkung nicht überflüssig sein, daß diese Gesetzgebung hinsichtlich einer Reihe hier entstehender Fragen keine Bestimmungen gibt, eine Lückenhaftigkeit, welche auf allgemeine Grundsätze zu recurriren nöthigt.

§ 4.

Ist durch den sog. Gotthard-Vertrag eine rechtliche Verpflichtung des Consortiums zur Uebernahme der Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft überhaupt begründet worden?

Hat insbesondere die Gotthardbahn-Gesellschaft ein solches Recht aus jenem Vertrag erworben?

Soll man nach Feststellung des hier in Anwendung zu bringenden örtlichen Rechts auf die Sache selbst eingehen, so hat das Consortium von den 68 Millionen Prioritäts-Obligationen, welche neben dem Grund- und Subventions-Capital zur Finanziirung der Gotthardbahn-Gesellschaft in Aussicht genommen worden, 48 Millionen einbezahlt, während nunmehr die Frage entsteht, ob die Firmen, welche jenes Consortium bilden, der Eisenbahngesellschaft gegenüber zur Einzahlung der weiteren 20 Millionen als rechtlich verbunden erscheinen.

Eine solche Verpflichtung wird aus dem sog. Gotthard-Vertrage hergeleitet, d. h. aus dem Vertrage, welcher zur Beschaffung des Baucapitals für die Gotthardbahn unterm 10. October 1871 zwischen der Gotthardvereinigung einerseits und andererseits einer Anzahl in § 1 benannter Banken und Bankhäuser in Bern abgeschlossen worden ist.

Es handelt sich demnach um eine Berechtigung, welche für eine dritte Person, die Gotthardbahn-Gesellschaft aus einem zwischen anderen Contrahenten eingegangenen Vertrage entstanden sein soll.

Durch den sog. Gotthard-Vertrag haben die contrahirenden Häuser und eine Anzahl später kraft des in § 2 u. 3 des Vertrags gemachten Vorbehalts dieser Vereinbarung beigetretenen Firmen gegenüber der Gotthard-Vereinigung eine dreifache Verbindlichkeit übernommen.

Sie haben sich einmal verpflichtet, zum Zwecke der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens ein internationales Consortium zu bilden;

sie haben ferner übernommen, durch das zu bildende Consortium eine Gotthard-Eisenbahngesellschaft auf Grund vorliegender Statuten errichten zu lassen;

sie haben endlich erklärt, es verpflichte sich das Consortium zur Finanzirung des Eisenbahnunternehmens, einerseits durch Uebernahme der nach Art. 4 des Statuts zu emittirenden Actien im Betrage von 34 Millionen Francs, und andererseits durch Uebernahme der von eben diesem Actienverein auszugebenden Prioritäts-Obligationen im Nominalbetrage von 68 Millionen Francs.

Die beiden erstgenannten Verbindlichkeiten sind erfüllt; das internationale Consortium wurde gebildet, die Gotthardbahn-Gesellschaft in's Leben gerufen.

Was die dritte Verpflichtung anbetrifft, so steht die versprochene Uebernahme der Actien, in welche das auf 34 Millionen Francs statutenmäßig festgesetzte Grundcapital der Eisenbahngesellschaft zerlegt ist, nicht in Frage. Vielmehr handelt es sich hier allein um die Uebernahme der noch nicht eingezahlten 20 Millionen Francs Prioritäts-Obligationen.

Zur Klarstellung des Verhältnisses dürfte vor Allem nicht außer Acht gelassen werden, daß die Häuser, welche mit der Gotthard-Vereinigung den Vertrag vom 10. Oktober 1871 abschlossen, nicht selber die Uebernahme der Prioritäts-Obligationen versprachen, sondern erklärten, „das Consortium verpflichtet sich

zur festen Uebernahme der im Betrag von 68 Millionen Francs auszugebenden Obligationen . . . ."

Die mit der Gotthard-Vereinigung paciscirenden Häuser versprachen demnach eine Leistung Dritter, d. h. der Firmen, welche an dem noch zu bildenden Consortium Theil nehmen würden, und die auch den nachher zu Stande gekommenen Syndikats-Vertrag eingingen. Indessen wurde der letztere Vertrag auf der Grundlage des sog. Gotthard-Vertrags, zu dem er eine Beilage bildete, abgeschlossen, während die Mitglieder des neu gegründeten Consortiums bezüglich der Uebernahme von Actien und Obligationen sich den Verbindlichkeiten unterwarfen, welche durch die Uebereinkunft vom 10. October 1871, betr. die Beschaffung des Baucapitals für die Gotthardbahn gegenüber der Gotthard-Vereinigung eingegangen worden waren. War demnach der sog. Gotthardvertrag rechtsgültig, vermochte er bezüglich der Uebernahme der Prioritäts-Obligationen rechtliche Verbindlichkeiten gegenüber der Gotthard-Vereinigung, und beziehungsweise der später errichteten Gotthardbahn-Gesellschaft zu begründen, so sind die Mitglieder des Consortiums als unmittelbar aus jenem Vertrag verpflichtet zu betrachten.

Der Vertrag vom 10. October 1871 wurde, wie wiederholt bemerkt, zwischen der Gotthard-Vereinigung einerseits und andererseits einer Anzahl Firmen, welchen später andere, die mit jenen das Consortium bilden, beitraten, abgeschlossen. Die gegenüber der Gotthard-Vereinigung von den Mitpaciscirenden übernommene Leistung bestand in der Finanziirung der Gotthardbahn-Unternehmung durch Hingabe eines Gelddarlehens an die damals nur in Aussicht genommene, jetzt ins Leben getretene Gotthardbahn-Gesellschaft, und zwar eines Darlehens in der Form einer Uebernahme von Prioritäts-Obligationen, welche der Actienverein ausgeben sollte. Sonach handelt es sich beim Gotthardvertrage um eine Leistung an einen Dritten an die nicht mitpaciscirende, ja damals noch nicht existirende Actiengesellschaft, — eine Leistung, welche der Gotthard-Vereinigung von deren Mitcontrahenten zugesagt wurde.

Bei dieser Sachlage ist eine dreifache Alternative möglich. Es ist einmal denkbar: das Rechtsgeschäft wurde lediglich im Interesse der Contrahenten abgeschlossen; nach der Absicht der Parteien sollte gegenüber den mitpaciscirenden Firmen allein die Gotthard-Vereinigung berechtigt sein, während zur Deckung ihres Interesses die versprochene Leistung an einen Dritten, die Eisenbahngesellschaft, geschehen sollte.

Andererseits ist es möglich, daß nach der Willenseinigung der Contrahenten ein Nicht-Contrahent, hier die Eisenbahngesellschaft, für den Fall ihres Inslebentretens allein und direct ein Recht auf die von den Promittenten zu effectuirende Leistung haben sollte.

Endlich konnte der Willen der Parteien dahin gehen, daß die Promittenten Schuldner des Empfängers des Versprechens, d. h. der Gotthard-Vereinigung, und zugleich Schuldner des Dritten, der Gotthardbahn-Gesellschaft sein sollte.

Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, S. 189 flgd.

Für die letztgenannte Absicht der Contrahenten scheint nun zunächst der Umstand zu sprechen, daß der Vertrag vom 10. October 1871 eine zweifache Caution des Consortiums vorsieht, und daß die Mitglieder dieses letzteren in doppelter Hinsicht gerichtliches Domizil in der Schweizerischen Bundesstadt nehmen.

Nach § 18 nämlich hinterlegt für die genaue Erfüllung des Vertrags in allen seinen Theilen das Consortium der Gotthard-Vereinigung bei dem Schweizerischen Bundesrath eine Realcaution von 10 Millionen Francs, und nehmen die Firmen, welche das Consortium bilden, für die Erfüllung der ihnen gemäß dem gegenwärtigen Vertrag obliegenden Verpflichtungen in der Schweizerischen Bundesstadt gerichtliches Domizil. Nach § 11 ist das Consortium verpflichtet, für die Uebernahme der Obligationen eine Caution zu bestellen, welche jeweilig 20 pCt. der nicht abgenommenen Theile der Obligation betragen soll. Auch nehmen die Betheiligten für die Erfüllung der ihnen aus der Uebernahme der Obligationen obliegenden Verpflichtungen in der Schweizerischen Bundesstadt gerichtliches

Domicil. — Indem hier offenbar von einer Sicherheitsbestellung zu Handen der Eisenbahngesellschaft und von der Wahl eines Domicils gegenüber dieser letzteren die Rede ist, während § 18 auf das Verhältniß der Mitglieder des Consortiums zur Gotthard-Vereinigung sich bezieht, kann der Wille der Parteien durch den Vertrag vom 10. October 1871 bezüglich der Uebernahme der Obligationen sowohl der Gotthard-Vereinigung wie der Gotthardbahn-Gesellschaft Rechte zu begründen, nicht bezweifelt werden.

Zu dem nämlichen Ergebnisse führt der eine Beilage des sog. Gotthardvertrags bildende Syndikats-Vertrag, in welchem von der Verpflichtung der Mitglieder des Consortiums wegen Uebernahme der Obligationen und der Bestellung von Cautionen gegen die Gotthard-Vereinigung und die Gotthard-Eisenbahngesellschaft die Rede ist.

Bei dieser Sachlage ist nun zu untersuchen, ob und in wiefern durch den Gotthardvertrag hinsichtlich der von den Consorten versprochenen Uebernahme der Prioritäts-Obligationen ein Recht für die Gotthardvereinigung entstanden ist, ob und inwiefern weiter eine bezügliche Forderung der Gotthardbahn-Gesellschaft begründet wurde, ob also durch jenen Vertrag sowohl der Promissar wie der Dritte, oder nur der eine oder andere oder einer von ihnen gegenüber den Firmen, welche die betreffende Uebereinkunft abgeschlossen haben und beziehungsweise dermalen beigetreten sind, berechtigt worden ist.

Was zunächst die Frage anbetrifft, ob durch den Vertrag vom 10. October 1871 die Gotthard-Vereinigung das Recht erworben hat, von den Consorten zu verlangen, daß sie das versprochene Darlehen der Eisenbahngesellschaft geben oder mit a. W. in dem verabredeten Betrage Prioritäts-Obligationen dieses Actienvereins übernehmen, so sind hier, — wenn überhaupt von einer solchen Befugniß die Rede sein kann, — die einzelnen Cantone und Schweizerischen Eisenbahn-Gesellschaften, welche die Gotthard-Vereinigung bilden, berechtigt. — Von einer Berechtigung nämlich der

Gotthard-Vereinigung als solcher kann um deßwillen nicht die Rede sein, weil diese weder als eine juristische Person erscheint, noch auch wie eine offene Handelsgesellschaft oder eine Commandit-Gesellschaft, als ein Verein mit formeller Einheit betrachtet zu werden vermag. Andererseits besteht die Leistung, um welche es sich handelt, in dem Geben einer Geldsumme; sie ist demnach eine theilbare

Windscheid, Pandect. S. 253 Note 2.

und folgeweise die Forderung der betreffenden Cantone und Eisenbahngesellschaften, wenn überhaupt eine solche begründet worden sein sollte, eine in Bruchtheile zerfallende, — eine Ratenberechtigung, da die Theilung der Obligation nach ihrer activen Seite weder durch die Willkür der Parteien noch durch Gesetz hier ausgeschlossen ist.

Windscheid, Pandect. § 292.
Berner, **Civilgesetzbuch** Satz 692.

Indem aber die Leistung, welche den Gegenstand der Obligation bildet, eine solche ist, die an einen Dritten geschehen soll, dieselbe nämlich in der Hingabe eines Gelddarlehens an die Gotthardbahn-Gesellschaft besteht, wirft sich die Frage auf, ob hier der Stoff zu einem rechtsgültigen Forderungsrechte vorliegt. — Geht man nämlich davon aus, daß das Forderungsrecht ein Recht auf eine fremde künftige Handlung von Vermögenswerth ist,

Sohm, in Grünputs Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart Bd. IV. S. 457 S. 474.

daß jenes m. a. W. eine Leistung zum Gegenstand haben muß, welche für den Gläubiger einen Vermögenswerth darstellt, so folgt hieraus von selbst, daß der Stipulant nur insofern und insoweit ein Recht auf eine Leistung an einen Dritten erwerben kann, als dieselbe für ihn ein pekuniäres Interesse hat.

Renaud, im Magazin für bad. Rechtspflege und Verwaltung. Bd. II. S. 24.

Das Forderungsrecht, sagten wir, erfordert zu seinem rechtlichen Bestande als Object eine Leistung, die für den Gläubiger einen Vermögenswerth darstellt.

Dies ist durch das römische Recht in einer Reihe von Stellen anerkannt:

l. 9 § 2 D. de statu lib. (40, 7.)

l. 7 D. de praescript. verbis (19, 5.)

l. 38 § 17, l. 95 D. de V. O. (45, 1.)

während der Wegfall der pecuniaria condemnatio hieran nichts geändert hat, weil diese nicht Grund, sondern Folge jenes Prinzips war.

Renaud, Actiengesellsch. (2. Aufl.) S. 241 Note 3.

A. M. Windscheid, Pandect. § 251 Note 3.

Daß aber die obligatorische Leistung für den Gläubiger einen Vermögenswerth haben, daß sie dessen Vermögen erweitern muß, folgt, hiervon abgesehen, daraus, daß die Forderungen Vermögensrechte sind, daß sie also ein Gut, d. h. Geld- oder Geldeswerth zum Gegenstand haben müssen.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, § 64 Note 3.

Erkannte zwar das Römische Recht ausnahmsweise Obligationen ohne vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers ex affectus ratione an, so waren dies Fälle singulärer Art, wie z. B. die Klage aus der versprochenen, aber nicht verwirklichten Manumission eines Sklaven,

l. 54 pr. D. mandati (17, 1).

Fälle, die eine analoge Anwendung nicht gestatten und für das heutige praktische Recht ohne praktische Bedeutung sind.

So halten denn die neueren Gesetzgebungen übereinstimmend daran fest, daß zum Wesen eines Forderungsrechts eine Leistung gehört, welche für den Gläubiger einen Vermögenswerth hat. Dies gilt z. B. vom französischen Civilgesetzbuch (arg. art. 1142), dessen Motive bereits erklärten:

„En matière d'obligation l'intérêt doit être appréciable."

Bigot. Préameneu. Exposé des motifs (Lorré Tom. VI. p. 152).

Dies gilt aber insbesondere von dem hier maßgebenden örtlichen Rechte, der Bernischen Gesetzgebung, welche, wie der code civile, davon ausgeht, daß jede obligatorische Leistung, welche nicht in Geld besteht, sich für den Fall, daß sie nicht erfüllt oder erzwungen werden kann, in Geld umwandelt.

Bern. Civilgesetzbuch, Satz 684 und 1023 und Bern. Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Satz 393, 394.

Gehört es aber zum Wesen der Obligation, daß die obligatorische Leistung für den Gläubiger einen Vermögenswerth darstellt, so kann, wie bereits bemerkt wurde, ein Forderungsrecht, dessen Inhalt eine Leistung an einen Dritten ist, nur insofern und insoweit entstehen, als diese Leistung für den Gläubiger ein pekuniäres Interesse hat

Die nach dem Wortlaut des Gotthard-Vertrags durch die Mitglieder des Consortiums gegenüber den Cantonen und Eisenbahngesellschaften, welche die Gotthard-Vereinigung bilden, eingegangene Obligation hat aber die Hingabe eines Gelddarlehens an die Gotthard-Eisenbahngesellschaft in der Form der Uebernahme von 68 Millionen Prioritäts-Obligationen zum Gegenstand. Demnach ist hier zu prüfen, ob die Promissare ein pekuniäres Interesse an dieser Leistung haben.

Eine solche Untersuchung würde nur dann in Wegfall kommen, wenn das wirkliche oder fingirte Interesse der paciscirenden Cantone und Eisenbahn-Gesellschaften durch die Stipulation einer Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung der versprochenen Leistung festgesetzt und veranschlagt worden wäre. —

§ 19 J. de intilib. stipulat. (3, 19.)

Allein es ist eine derartige Strafe nie vereinbart worden. Insbesondere kann eine Strafclausel in der nach § 18 des Vertrags vom 10. Oktober 1871 Seitens des Consortiums zugesagten Hinterlegung einer Realcaution von 10 Millionen Francs zu Handen der Gotthard-Vereinigung nicht gefunden

werden. Denn es ist daselbst von einem Verfalle dieser Summe an die Promissare bei Nichterfüllung der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen nicht die Rede, und war hier sonach lediglich die Sicherung der Erfüllung der Obligation unter der Voraussetzung ihres rechtlichen Bestandes beabsichtigt. Die durch den Gotthard-Vertrag Seitens der Consorten übernommene Leistung ist aber an sich für die Gotthard-Vereinigung ohne Geldeswerth. Ein Interesse der Mitglieder dieses Vereins besteht hier jedenfalls nur an der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens, zu welchem ein Capital veranschlagt worden war, das zu einem Theile durch 68 Millionen Prioritäts-Obligationen hergestellt werden sollte. Die volle Einzahlung derselben hat also für die Mitglieder der Gotthard-Vereinigung nur insofern einen möglichen pecuniären Werth, als sie die Ausführung der Gotthardbahn ermöglicht, und zwar auf die Grundlagen hin, auf welche der Vertrag vom 10. October 1871 (§§ 6, 8, 12, 19) abgeschlossen worden ist. Allein es ist von allen Betheiligten anerkannt, daß auf diesen Grundlagen selbst bei voller Einzahlung des Betrags der Prioritäten die Ausführung des Unternehmens unmöglich ist. Folgeweise fehlt der Gotthard-Vereinigung jedes pecuniäre Interesse an der Uebernahme der Prioritäts-Obligationen durch die Consortialhäuser und kann jene demnach ein bezügliches Forderungsrecht aus dem Gotthard-Vertrage nicht ableiten.

Auch abgesehen hiervon dürften die Cantone und Eisenbahn-Gesellschaften, welche die Gotthard-Vereinigung bilden, außer Stande sein, ein pekuniäres Interesse von einem gegebenen Betrage an der Uebernahme der Prioritäts-Obligationen durch die Consorten nachzuweisen. Zwar erwarten jene Cantone nicht ohne Grund von der Ausführung der Gotthard-Eisenbahn eine wirthschaftliche Hebung des Landes mittelst Förderung des Verkehrs. Allein es entzieht sich dieses öconomisch politische Interesse einer jeden Veranschlagung in Geld. Aehnliches gilt von den zur Gotthard-Vereinigung gehörigen Schweizerischen Eisenbahngesellschaften. Wenn nämlich im Allgemeinen

nicht zu leugnen ist, daß die Ausführung des Gotthard-Unternehmens an sich geeignet sein dürfte, den Betrieb jener Bahnen zu erhöhen und den Gewinn der betreffenden Gesellschaften zu vermehren, so ist die Berechnung des Betrags eines solchen Vortheils für den einzelnen Eisenbahnverein geradezu unmöglich.

Geht das Ergebniß dieser Ausführungen dahin, daß die Mitglieder der Gotthard-Vereinigung aus dem Vertrage vom 10. Oktober 1871 keinerlei Rechte gegenüber den Theilhabern des Consortiums auf Uebernahme der Prioritäts-Obligationen der Gotthard Eisenbahn-Gesellschaft erworben haben, so folgt hieraus, daß die letzgenannte Gesellschaft aus jenem Vertrage weder eine utilis actio hat, noch auf Grund einer Cession, wenn solche noch stattfinden sollte, gegen die Consorten klagen könnte.

Dagegen entsteht die Frage, ob nicht die Gotthard Eisenbahn-Gesellschaft aus dem zwischen der Gotthard-Vereinigung einerseits und andrerseits einer Anzahl Firmen, resp. denselben nachher beigetretenen Mitglieder des Consortiums abgeschlossenen Vertrage vom 10. Oktober 1871 unmittelbar ein Recht auf Uebernahme der von ihr auszugebenden Prioritätsobligationen erworben hat.

§ 5.

Fortsetzung. — Hat die Gotthardbahn-Gesellschaft ein Recht auf Uebernahme ihrer Prioritäts-Obligationen durch die Consortial-Häuser aus dem Vertrage vom 10. Oktober 1871 erworben?

Die aufgeworfene Frage fällt mit derjenigen nach der Statthaftigkeit und beziehungsweise Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter zusammen.

Diese Statthaftigkeit ist, wie bekannt, nach gemeinem deutschen Rechte im höchsten Grade bestritten. Wenn aber auch die principielle Gültigkeit solcher Verträge von Manchen behauptet wird, so dürfte doch die Ansicht den Vorzug verdienen, welche an dem Grundsatze

festhält „neminem alteri stipulari posse“ und daher nur ausnahmsweise Verträge zum Vortheile Dritter in einzelnen theils schon durch das Römische Recht, theils durch gemeine deutsche Gewohnheit anerkannten Fällen für gültig und den Dritten berechtigend erachtet.

Anders verhält es sich nach einzelnen Landesgesetzgebungen, welche grundsätzlich die Statthaftigkeit von Verträgen zum Vortheile Dritter mit der Maaßgabe anerkennen, daß aus einer solchen Uebereinkunft der Promissar und der Dritte berechtigt wird.

Dies gilt insbesondere nach dem preußischen Landrecht Th. I. Tit. V. §§ 74 ff., sowie von dem Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §§ 853 ff. während das französische Recht, abgesehen von dem daselbst anerkannten entgeltlichen Leibrenten-Vertrag zum Vortheile eines Dritten (code civile Art. 1973) nur in zwei Fällen den Nichtcontrahenten ein Recht auf die zu dessen Vortheile stipulirte Leistung erwerben läßt, wenn nämlich diese Leistung im Gefolge einer Zusage versprochen wurde, die der Promissar sich selbst bedungen, oder einer Schenkung, welche dieser dem Promittenten machte. (code civile Art. 1121.)

Indessen kommen hier weder das gemeine Deutsche Recht noch das Preuß. Landrecht, das Sächsische Gesetzbuch oder der code civile in Anwendung.

Das im vorliegenden Falle entscheidende örtliche Recht das Civilgesetzbuch des Cantons Bern, erkennt wie die Hauptquelle, aus welcher es schöpfte, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Verträge zu Gunsten Dritter nicht an.

Dies ergibt sich zunächst aus der Definition des Vertrags, welche (Satz 674) dahin lautet:

„Die Erklärung, einem Anderen ein Recht überlassen „zu wollen, heißt ein Versprechen. Wird das Versprechen „von Demjenigen angenommen, dem es gemacht worden, „so entsteht aus der gegenseitigen Einwilligung ein Vertrag.“

Zwar steht diese Begriffsbestimmung einer Uebereinkunft nicht entgegen, durch welche der eine Contrahent sich vom Anderen

eine an einen Dritten zu effectuirende Leistung in dem Sinne versprechen läßt, daß er allein ein Recht auf diese Leistung haben soll (Satz 684), die für ihn einen pecuniären Werth hat. Dagegen schließt jene Definition die Möglichkeit eines ächten Vertrags zum Vortheile eines Dritten aus. Denn es gehört nach Bernischem Recht zum Wesen des Vertrags, einmal ein Versprechen, d. h. die Erklärung des einen Contrahenten, dem Anderen ein Recht überlassen zu wollen, und dann die Annahme jenes Versprechens von Seiten des anderen Contrahenten, dem es gemacht worden ist, oder welchem m. a. W. das Recht überlassen werden soll.

Ein Versprechen also, einem Dritten ein Recht überlassen zu wollen, und die Annahme einer solchen promissio Seitens desjenigen, welchem gegenüber dieselbe ausgesprochen worden ist, ohne daß ihm das Recht überlassen werden sollte, geht über den Begriff des Vertrags hinaus.

Wie eine solche Verabredung an sich weder den Promissar noch den Dritten berechtigt, so geht das Berner Gesetzbuch im Weiteren überall davon aus, daß der Vertrag nur die vertragschließenden Theile berechtigen und verpflichten kann oder daß m. a. W. die Paciscenten und die Parteien identisch sein müssen. Dies ergiebt sich insbesondere aus der Eintheilung der Verträge in Satz 675, sowie aus der Bestimmung in Satz 705 a. E., wonach in jedem Falle der in der Vertragserfüllung säumige Theil dem anderen Contrahenten für den Schaden haftet, den er diesem durch seine Säumniß verursacht hat.

Nur höchst ausnahmsweise sind durch die Berner Gesetzgebung, wenn auch bloß indirect, einige Verträge zum Vortheile Dritter anerkannt.

Dies ist insbesondere der Fall hinsichtlich der Lebens-Versicherungs-Verträge. Das Civilgesetzbuch (Satz 685) erklärt, nachdem es einige Arten von Verträgen verboten, es seien die Versicherungs-Verträge erlaubt, während durch die Gesetze vom 31. März 1847 über die fremden Ver-

sicherungsanstalten und über gemeinnützige Gesellschaften die Statthaftigkeit von Lebens-Versicherungen anerkannt ist. Lebensversicherungen können aber in ihrer wichtigsten Anwendung, nämlich als Versicherungen des eigenen Lebens allein als Verträge zum Vortheile Dritter vorkommen.

Andrerseits geht das Bernische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 27. November, beziehungsweise 12. Dezbr. 1860 von der Unterstellung aus, daß Zeichnungen von Actien, welche durch die Gründer geschehen sind (art 3) oder gegenüber den Gründern stattgefunden haben, die ins Leben getretene Actiengesellschaft berechtigen (art 81).

Allein es entzieht sich diese singuläre, auch im gemeinen deutschen Rechte bestehende Bestimmung

Renaud, Actiengesellsch. 2. Aufl. S. 243

einer analogen Anwendung.

Insbesondere läßt sich daraus eine Verbindlichkeit der Gründer gegenüber der Actiengesellschaft, die sie ins Leben gerufen haben, Prioritätsobligationen zu übernehmen, aus einem unter jenen abgeschlossenen Syndicatsvertrag oder aus einer von ihnen mit Vorgründern getroffene Vereinbarung nicht begründen.

Mit dem gewonnenen Ergebniß, wonach der Bernischen Gesetzgebung gemäß Verträge zum Vortheile Dritter von einigen hier nicht einschlagenden Ausnahmen abgesehen, ungültig sind, stimmt auch die Auffassung des Berner Obergerichts überein. Dasselbe hat sich nämlich bei Gelegenheit der Aburtheilung eines Rechtsstreites über Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrage in seinen Entscheidungsgründen dahin geäußert, daß ein zum Vortheile eines Dritten abgeschlossener Vertrag (eine Versicherung des eigenen Lebens) unter der Voraussetzung gültig sei, — und für den Dritten ein Klagrecht begründe, wenn dieser wie die Ehefrau des Versicherungsnehmers als Stellvertreter des Promissars betrachtet werden könne; eine Construction, mit welcher principiell die Gültigkeit eines pactum in favorem tertii verneint ist.

Erkenntniß des Bern. Appellations- und Cassationshofs vom 20. Januar 1871 in

der Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins. Bd. VI. S. 232 ff.

Die Gotthardbahn-Gesellschaft hat demnach durch den zwischen der Gotthard-Vereinigung und den Consortialhäusern geschlossenen Vertrag vom 10. Oktober 1871 gegenüber diesen Letzteren kein selbständiges Recht auf Uebernahme der von ihr auszugebenden Prioritätsobligationen erworben. Sie kann aber, wie im vorigen § ausgeführt wurde, ebensowenig gegen die Consorten mit einer von der Gotthardvereinigung abgeleiteten utilis actio klagen, weil auch für diese aus jenem Vertrage keinerlei Recht auf Uebernahme der betreffenden Obligationen begründet worden ist.

§ 6.

Hat die Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft, indem sie aus dem s. g. Gotthard-Vertrage wegen Uebernahme ihrer Prioritäts-Obligationen keinerlei Befugniß gegen die Consorten ableiten kann, anderweitig ein solches Recht gegen dieselben erworben?

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen die Gotthardbahngesellschaft rechtlich außer Stande ist, auf Grund des zwischen einer Anzahl von Cantonen und Eisenbahngesellschaften und mehreren Banken und Bankhäusern unterm 10. Oct. 1871 in Bern abgeschlossenen Vertrags von diesen und den der Uebereinkunft später beigetretenen Firmen die Uebernahme ihrer Prioritäts-Obligationen zu verlangen, so ist an sich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß auf der Grundlage des Gotthard Vertrags und des demselben beigegebenen Syndikat-Vertrags eine Verpflichtung der Consorten dem Aktienverein gegenüber nachträglich übernommen worden ist.

Wie insbesondere Vortheile, welche die Mitunternehmer eines Actienvereins sich wechselseitig bei der projectirten Gesellschaft zugesichert haben, für diese letzteren dadurch verbindlich

werden können, daß sie durch die Statuten, auf deren Grundlage die Actienverbindung errichtet wurde, vorgesehen sind,

Renaud, Actiengesellsch. 2. Aufl. S. 783.

so ist nicht weniger das umgekehrte Verhältniß denkbar. Es ist möglich, daß ein Actienverein ein selbständiges Recht auf Leistungen, welche die Mitbegründer durch wechselseitige Zusagen oder in einer mit Dritten, wie Vorgründern, getroffenen Verabredung zu Handen der projektirten Actien-Unternehmung in Aussicht gestellt haben, dadurch erworben hat, daß diese Leistungen in den unter Mitwirkung der Promittenten zu Stande gekommenen Statuten vorbehalten worden sind.

Doch ist etwas Derartiges in den Statuten der Gotthardbahn-Gesellschaft bezüglich der Uebernahme der von dieser auszugebenden Prioritäts-Obligationen nicht geschehen.

Vielmehr ist in besagten Statuten art 1 einfach erklärt, „es bilde sich die Gesellschaft „auf Grundlage des Staatsvertrages „zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Italien betr. die Gotthardbahn vom 15. Oct. 1869 und „des auf diese Bahn bezüglichen Staatsvertrags zwischen der „Schweizerischen Eidgenossenschaft, dem Deutschen Reiche und „dem Königreich Italien vom 28. Oct. 1871," während vom s. „g. Gotthard-Vertrage, welcher nicht weniger eine Subventionirung „des Gotthard-Unternehmens bezweckt, nicht die Rede ist.

Wie ferner die Statuten wiederholt auf das von den betheiligten Staaten zugesicherte Subventionscapital Bezug nehmen, besagen sie in art. 5 nur:

„Die Gotthardbahn-Gesellschaft wird die Geldmittel, „deren sie zu gänzlicher Durchführung der Unternehmung „über die staatlichen Subventionen und das Gesellschafts„capital von 34 Millionen Frcs. hinaus bedarf, auf dem „Wege von Anleihen oder in der ihr sonst geeignet schei„nenden Weise weiter beschaffen."

Wie also der Gotthard-Vertrag unter den Grundlagen, auf welche die Actiengesellschaft errichtet wurde, nicht erwähnt ist, so führen die Statuten bei der Bezeichnung der der Unternehmung

gesicherten Geldmittel nur die staatlichen Subventionen und das Grundcapital, nicht aber eine der Gesellschaft gegebene Zusicherung der Uebernahme von 68 Millionen Prioritäts-Obligationen auf.

Bei dieser Sachlage kann man, auch wenn man davon ausgeht, daß die Consorten auf Grund der dermalen geltenden Statuten die Gotthardeisenbahn-Gesellschaft ins Leben gerufen haben, in § 52 der Vereinsnorm eine Kundgebung des Willens der Gründer, der Eisenbahn-Gesellschaft zur Uebernahme der von dieser auszugebenden Prioritäts-Obligationen verpflichtet zu sein, nicht finden. Wenn nämlich gesagt ist:

„Dem Verwaltungsrathe kommen folgende Befug-
„nisse zu: 6. Die Bestimmung der Ausstellungsdaten und
„der Abnehmetermine für die vier Serien des von dem Grün-
„dungs-Consortium übernommenen Obligationencapitals
„von 68 Mill. Frcs., sowie die Abgabe einer allfälligen
„Erklärung betr. die Verringerung dieses Capitals betr.
„(§ 12 des Vertrags betr. Beschaffung des Baucapitals
„für die Gotthardbahn.)“

so darf vorerst nicht übersehen werden, daß hier nicht von Rechten der Gesellschaft, sondern nur von Befugnissen des Verwaltungsraths die Rede ist. Diese Befugnisse konnten aber auch mit Einwilligung der Gründer vorgesehen werden, ohne daß in diesem Consense der Wille letzterer sich kundgab, der Eisenbahngesellschaft verpflichtet zu sein. Denn es sollte das von den Consorten durch den Gotthard-Vertrag in Aussicht gestellte Darlehen nicht allein an die Gotthardbahn-Gesellschaft einbezahlt, sondern nur gegen Ausstellung von Prioritäts-Schuldscheinen Seitens dieser letzteren gegeben werden. Die bezüglichen Anordnungen des art 52 Nr. 6 der Statuten stellen sich demnach lediglich als Ausführungsbestimmungen für die durch den Vertrag vom 10. Oct. 1871 übernommene Verbindlichkeit dar, und fallen also dahin, sobald diese Zusage nicht zu Recht bestehen sollte. Der Wille der Consorten, sich bezüglich der Uebernahme der Prioritäts-Obligationen gegenüber der

Gotthardbahn-Gesellschaft zu verpflichten, beziehungsweise eine solche Verpflichtung anzuerkennen,

O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl.) S. 179.

wurde hier, wie übrigens schon aus der Fassung der Worte des Statuts sich ergibt, nicht bekundet.

So findet sich denn auch in den Prospecten, welche die an der Spitze des Consortiums stehende Direction der Disconto-Gesellschaft behufs der Placirung der ersten Serien der Gotthardbahn-Obligationen ausgab, die aus art. 52 der Statuten der Gotthardbahn-Gesellschaft entnommene Erklärung: „Vor Ausgabe einer Serie wird die Gesellschaft das Ausstellungsdatum der betreffenden Serie bestimmen."

Wenn nun in Wirklichkeit Seitens des Consortiums drei Serien der Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft im Gesammtbetrag von 48 Mill. Frcs. übernommen und einbezahlt worden sind, so qualificirt sich diese numeratio pecuniae als Zahlung eines indebitums, dessen mögliche Condicirung jedoch dermalen nicht in Frage steht.

Dagegen liegt in jener Leistung keine Bestätigung des nichtigen Geschäfts vom 10. Oct. 1871, soweit dasselbe noch nicht erfüllt ist,

Windscheid, Pand. 4. Aufl. Bd. I. S. 226,

keine Anerkennung einer auf diese Erfüllung bezüglichen Verbindlichkeit der Consorten, da es an jedem Momente fehlt, welches auf eine solche Absicht hinweist.

Wenn endlich der Gotthard-Vertrag § 11 besagte:

„Das Consortium ist verpflichtet, für die Uebernahme
„der Obligationen eine Caution zu bestellen, welche jeweilig
„20% des nicht abgenommenen Theiles der Obligationen
„betragen und in Obligationen der Gesellschaft geleistet
„werden soll"

so kann auch in der Thatsache, daß eine solche Caution später an die Gotthardbahn-Gesellschaft gestellt worden ist, in deren Händen sie sich dermalen noch befindet, für den nicht abgenommenen Theil der Prioritäts-

Obligationen, eine wirksame Bestätigung der nichtigen Obligation nicht gefunden werden. Vielmehr war auch die Stellung der Caution, sobald die Obligation, deren Erfüllung sie gleichgültig in welcher Richtung sichern sollte, ungültig war, die Leistung eines Indebitums.

§ 7.

Steht den Consorten für den Fall, daß sie der Gotthardbahn-Gesellschaft zur Uebernahme von 68 Millionen Prioritäts-Obligationen rechtlich verpflichtet worden sein sollten, nicht eine Einrede aus Ermangelung der Voraussetzungen zu?

Sollte man im Widerspruche mit den vorausgegangenen Erörterungen annehmen, daß die Banken und Bankhäuser, welche mit der Gotthardvereinigung den Vertrag vom 10. October 1871 geschlossen haben, nebst den dieser Uebereinkunft später beigetretenen Firmen der Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft zur Uebernahme von 68 Mill. Prioritäts-Obligationen verpflichtet worden sind, so würde die Frage sich aufwerfen, ob gegenüber einer auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit gerichteten Klage den Verklagten nicht Einreden zur Seite stünden.

Insbesondere ist für die Eventualität obgedachter Annahme zunächst zu untersuchen, ob den Mitgliedern des Consortiums gegenüber einer Klage auf Abnahme der noch restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen, wie sie durch die bereits erfolgte Ladung zu einem Aussöhnungsversuche auf den 5/12 1877 vor den Friedensrichter in Bern in Aussicht gestellt ist, eine excepto doli auf Grund eingetretener Veränderung der Voraussetzungen, unter welchen die Verbindlichkeit übernommen wurde, zu Statten käme.

Die Consorten haben sich, wenn überhaupt, mittelst eines pactum de mutuo dando verpflichtet. Sie haben sich jedoch nicht schlechtweg zur Hingabe eines Gelddarlehens an die

Gotthardbahn-Gesellschaft verbindlich gemacht. Vielmehr sollten sie das Darlehen nur gegen Uebergabe von Prioritäts-Obligationen zu 5% per Jahr verzinslich und in spätestens 18 Jahren rückzahlbar effectuiren.

Vertrag betr. Beschaffung des Baucapitals für die Gotthardbahn vom 10. Oct. 1871 § 7.

Auch war das Darlehen lediglich zum Zweck der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens versprochen.

Vertrag vom 10. Okt. 1871 § 1.

Hierbei war vorausgesetzt, daß das zur Ausführung des Unternehmens nöthige, auf 187 Millionen Frcs. veranschlagte Capital zu diesem Zwecke ausreichen würde. Dieses Capital sollte durch eine Subvention von 85 Millionen seitens der drei beim Baue der Gotthardbahn interessirten Staaten, durch das Grundcapital der Gotthardbahn-Gesellschaft im Betrage von 34 Millionen, sowie durch die 68 Millionen Prioritäts-Obligationen hergestellt werden. Die Voraussetzung also, unter welcher die Uebernahme dieser Obligationen zugesagt war, ging, um sie näher zu bezeichnen, dahin, daß durch die Vermehrung der aus dem Stamm- und Subventions-Capital bestehenden Mittel der Eisenbahnbau-Gesellschaft um das Anlehenscapital von 68 Mill. die Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens gesichert würde.

Daß auf dieser Annahme die von dem Gründer-Consortium eingegangene Verbindlichkeit fußte, ergibt sich aus den §§ 19 und 12 des Vertrags vom 10. October 1871. Denn es wurde daselbst (§ 19) einerseits bestimmt, daß der Vertrag in Wirksamkeit trete, sobald der in Aussicht stehende Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, dem deutschen Reiche und dem Königreich Italien, durch welchen der Gotthardbahn-Gesellschaft eine Subvention von 85 Mill. Frcs. zugesichert werde, endgültig abgeschlossen sein würde, und dem Consortium ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten, daß dies nicht bis zum 31. Dezember 1871 geschehen sein sollte. Andrerseits wurde vereinbart (§ 12), daß sich die Uebernahme der Obligationen um den entsprechenden Betrag verringere, wenn die Ausführung des Unternehmens weniger, als das durch Emission der Actien

im Betrage von 34 Millionen Frcs. aus den Obligationen im Betrage von 68 Millionen Frcs. aufzubringende Capital erfordern sollte. Hiernach vermag es keinem Zweifel zu unterliegen, daß das Versprechen der Uebernahme der 68 Millionen Prioritäts-Obligationen, wenn es auch nicht an die Bedingung geknüpft ward, daß das veranschlagte Capital von 187 Mill. Frcs. zur Ausführung des Gotthardunternehmens ausreichen, doch unter dieser Voraussetzung gegeben wurde. Man kann sich hiergegen nicht auf die Statuten der Gotthardbahn-Gesellschaft berufen, welche (art 30) u. a. der General-Versammlung die Befugniß einräumen der

„Ermächtigung zur Beschaffung von Geld-„mitteln behufs Durchführung des Gott-„hardbahn-Unternehmens, falls solche in „einem höheren Betrage als in demjenigen „von 187 Mill. Frcs. erforderlich werden „sollten."

Auf Grund dieser Bestimmung läßt sich nämlich nicht sagen, daß das Gründer-Consortium, wenn es auch bei Uebernahme der Verbindlichkeit zur Hingabe des betreffenden Darlehens von der Annahme ausgegangen sei, es werde das Capital von 187 Millionen zum Baue der Bahn ausreichen, doch die Möglichkeit vorgesehen habe, daß der Anschlag zu niedrig gegriffen sei. Denn es war selbst bei unterstellter vollständiger Richtigkeit der Veranschlagung des Baucapitals die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß dasselbe nicht ausreichte, da durch Krieg oder andere außerordentliche Ereignisse die Vollendung des Unternehmens oder der Betrieb fertiger Bahnstrecken längere Zeit sistirt, und die Bausumme durch Bauzinsen erschöpft werden konnte. Aus der Bestimmung des art 30 Nr. 3 der Statuten über die Zuständigkeit der General-Versammlung kann man demnach an sich nicht folgern, daß die von den Consorten wegen Uebernahme der Prioritäts-Obligationen eingegangene Verpflichtung die Richtigkeit des Anschlags des Baucapitals nicht zur Voraussetzung gehabt habe.

Auch darf, hiervon abgesehen, nicht außer Acht gelassen werden, daß die Verpflichtung der Consorten zur Uebernahme der Prioritäten, wenn sie überhaupt zu Recht besteht, nicht auf einem mit der Actiengesellschaft geschlossenen Vertrage, sondern auf der mit der Gotthard-Vereinigung getroffenen Vereinbarung beruht. Bei dieser letzteren Uebereinkunft wurde aber, wie bereits dargelegt wurde, schlechtweg unterstellt, daß das Gotthard-Unternehmen mit einem Baucapitale von 187 Mill. ausgeführt würde. Verpflichtete sich auch durch besagten Vertrag das Consortium zur Errichtung der Gotthardbahn-Gesellschaft auf Grund der nunmehrigen Statuten, sowie zur Uebernahme der gemäß art 4 des Statuts zu emittirenden 34 Mill. Actien, so wurde hinsichtlich des weiteren Versprechens zur Abnahme der 68 Millionen im Vertrage vom 10. Oct. 1871 lediglich auf art 5 der Gesellschaftsstatuten Bezug genommen. Hier ist aber einfach gesagt:

„Die Gotthardbahn-Gesellschaft wird die Geldmittel, „deren sie zu gänzlicher Durchführung der Unternehmung „über die staatlichen Subventionen und das Gesellschafts-„Capital von 34 Mill. Frcs. hinaus bedarf, auf dem „Wege von Anleihen, oder in der ihr sonst geeignet scheinen-„den Weise beschaffen,“

während der betreffende Bedarf auf 68 Millionen Frcs. veranschlagt war.

Der Art. 30 der Statuten, welcher die Competenz der General-Versammlung festsetzte, wurde im Gotthardvertrage in keiner Weise angezogen, die daselbst vorgesehene Befugniß des höchsten Organs der Actiengesellschaft, Behufs Durchführung der Gotthardbahn-Unternehmung weitere Geldmittel zu beschaffen, wenn die 187 Millionen dazu nicht reichen sollten, kommt demnach für die Beziehungen der Actiengesellschaft zu den Consorten nicht in Betracht.

Dermalen ist es nun allseitig anerkannt, daß, ohne daß außerordentliche Ereignisse eingetreten wären, die Summe von 187 Millionen Frcs. zur Ausführung des Gotthard-Unternehmens lange nicht reicht, daß vielmehr der betreffende Anschlag, welcher

auch den zwischen der Schweiz, Deutschland und Italien abgeschlossenen Staatsverträgen und den darin wegen Subventionirung des Unternehmens gegebenen Zusicherungen zu Grunde gelegt war, von vornherein viel zu niedrig gegriffen war.

Schreiben der Direction der Gotthardbahn an den Schweizerischen Bundesrath betr. die Finanzlage der Gotthardbahn-Gesellschaft d. d. 3. März 1876.

Bericht des Verwaltungsraths der Gotthardbahn an die General-Versammlung betr. die Finanzlage des Unternehmens d. d. 17. März 1876.

Schreiben der Direktion der Gotthardbahn an den Schweizer Bundesrath d. d. 22. Jan. 1877.

Bericht des Verwaltungsraths der Gotthardbahn an die General-Versammlung betr. die finanzielle Reorganisation der Unternehmung d. d. 16. Juni 1877.

Zur Herstellung der erforderlichen größeren Mittel sind aber theils weitere Subventionen der interessirten Staaten, theils Capital-Anschaffungen durch die Gotthardbahn-Gesellschaft selbst in Aussicht genommen.

Unter so bewandten Umständen ist es klar, daß die dermalige Sachlage eine ganz andere ist, wie zur Zeit der wegen Uebernahme der 68 Millionen Prioritäts-Obligationen Seitens des Gründer-Consortiums gegebenen Zusage. Die Consorten haben sich verpflichtet, gegen Prioritäts-Obligationen einen Theil des Gesammtbetrags eines Capitals herzuleihen, welches zur Ausführung des Gotthard-Unternehmens als ausreichend erkannt war.

Sie konnten ohne Weiteres auf dem betreffenden Anschlage fußen, welcher den zwischen Deutschland, Italien und der Schweiz abzuschließenden und theils vorher, theils nachher abgeschlossenen Staatsverträgen zu Grunde gelegt war.

Jetzt aber steht es fest, daß die Ausführung des Gotthard-Unternehmens mit dem veranschlagten Capital von 187 Mill. Frcs. schlechtweg unmöglich ist; und daß das Deficit nicht

etwa eine geringe Summe, sondern 102 Millionen, oder nach einer andern Schätzung 74 Millionen beträgt, wenn nach dem ursprünglichen Plane gebaut werden soll,

Conférences internationales entre l'Empire d' Allemagne, le royaume d'Italie et la confédération Suisse pour la construction du chemin de fer par le St. Gotthardt tenues à Lucerne en Juin 1877 p. 4—6

und bei einer sehr bedeutenden Beschränkung dieses Plans mindestens auf 40 oder 45 Millionen Frcs. sich beläuft.

Conférences internationales p. 45, p. 58.

Die Consorten haben sich verpflichtet, Prioritäts-Obligationen zu übernehmen, welche mit 5% per Jahr in halbjährigen Terminen bis zum Tage der Rückzahlung verzinst werden sollten. Die Uebernahme dieser Verbindlichkeit beruhte auf einer Berechnung der Rentabilität des Unternehmens, welche sich wieder auf den Gesammtbetrag der veranschlagten Kosten desselben stützte. Der Ertrag der Eisenbahn-Unternehmung war für genügend erachtet worden, die Interessen eines Capitals von 102 Millionen, d. h. des Actien- und Anlehens-Capitals, also des veranschlagten Baucapitals mit Ausnahme der Subventionsgelder zu decken.

Conférences internationales p. 59, 3.

Dermalen liegt aber eine zweifache Alternative vor. Entweder wird das Unternehmen um deßwillen nicht ausgeführt, weil die zu diesem Zwecke berechneten, und der Gesellschaft gesicherten Mittel hierzu nicht entfernt reichen; dann werden voraussichtlich die Zinsen der Prioritäts-Obligationen nicht weiter ausbezahlt. Oder es wird das Unternehmen durch die Hülfe neuer Mittel, welche zu einem Theile wenigstens durch Capital-Anschaffungen Seitens der Eisenbahn-Gesellschaft gewonnen werden, vollendet. Unter dieser Voraussetzung ist die pünktliche halbjährige Bezahlung der Zinsen von den Prioritäts-Obligationen mindestens gefährdet, weil durch die Erhöhung des Baucapitals die Rentabilität der Bahn nicht vermehrt wird.

Das Gründer=Consortium hat sich ferner zur Uebernahme von Prioritäts=Obligationen verbindlich gemacht, welche zum Nennwerthe spätestens binnen 18 Jahren vom Ausstellungstage ab zurückbezahlt werden sollten. Die Möglichkeit einer solchen Einlösung, sowie einer vollen Rückzahlung überhaupt ist aber dermalen in Frage gestellt, gleichgültig, ob das Unternehmen wegen Insufficienz des veranschlagten Capitals unausgeführt bleibt, oder ob es mittelst neuer Capitalbeschaffungen durchgeführt wird.

Die dergestalt eingetretene Unsicherheit hinsichtlich der Verzinsung wie der Rückzahlung der Prioritäts=Obligationen hat aber die unmittelbare Folge, daß die Unterbringung der noch restirenden 20 Millionen Obligationen durch das Consortium unmöglich oder doch nur unter sehr ungünstigen Bedingungen möglich ist. Und doch wurde Seitens der Consorten die Verbindlichkeit zur Uebernahme der 68 Millionen Prioritäts=Obligationen zum Zwecke einer Placirung derselben eingegangen, wie nicht allein aus der Natur der Sache, sondern auch aus den Prospecten sich ergiebt, welche bezüglich des Absatzes der drei ersten Serien durch die an der Spitze des Consortiums stehende Direction der Disconto=Gesellschaft verbreitet worden sind.

In solcher Veränderung der Sachlage, wie diese zur Zeit des Abschlusses des Gotthardvertrages vom 10. October 1871 angenommen war, und auch, weil von den drei interessirten Staaten die von ihnen gegebenen Subventions=Zusicherungen unterstellt, angenommen werden konnte, kann nun zwar ein Grund gegen den rechtlichen Bestand der durch jenen Vertrag übernommenen Verbindlichkeit nicht gefunden werden. Denn sollte man überhaupt davon ausgehen, daß die Uebereinkunft vom 10. October 1871 geeignet war, Rechte für die Gotthardbahn=Gesellschaft zu begründen, so wurde das nunmehr veränderte thatsächliche Verhältniß nicht in der Form einer Bedingung dem Vertrage zu Grunde gelegt, oder war mit a. W. die auf die Uebernahme der Prioritäts=Obligationen gerichtete Willenserklärung der Consorten keine bedingte.

Dagegen entsteht die Frage, ob nicht aus der dargestellten Veränderung der Verhältnisse für die Obligirten eine Einrede

gegenüber einer von der Gotthardbahn-Gesellschaft anzustellenden Klage entspringt.

Eine solche Einrede ist durch einzelne Landes-Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt.

So gestattet das Preuß. Landrecht Th. I, Tit. 5 §§ 377. 378 jedem Contrahenten, von dem nicht erfüllten Vertrage abzugehen, wenn durch eine unvorhergesehene Veränderung (der Umstände) die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Theile unmöglich gemacht ist. So erklärt die nämliche Gesetzgebung Th. I. Tit. 11 §§ 654—657), es könne sich gegen eine Klage aus einem pactum de mutuo dando der Versprecher des Darlehens mit dem Einwande der veränderten Umstände schützen; dahin gehöre aber insbesondere, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen seien, durch welche die Sicherheit, auf die der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen habe, geschmälert werde. Doch enthält das hier einschlagende örtliche Recht, die Berner Civilgesetzgebung, eine derartige Bestimmung nicht.

Daher ist die Erörterung nicht zu umgehen, ob eine Einrede der in Frage stehenden Art allgemeinen Grundsätzen zufolge begründet ist. Wie dies zwar durch ältere Schriftsteller verneint wird, so neigt sich die neuere Theorie und Praxis überwiegend der bejahenden Meinung zu. Und dies mit vollem Grunde. Denn es haben Bedingung und Voraussetzung das gemein, daß sie das Rechtsverhältniß, welches durch die Willenserklärung begründet wird, von einem gewissen Zustande abhängig machen, während sie sich dadurch unter einander unterscheiden, daß die Bedingung die Existenz, die Voraussetzung die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses von jenem Zustande abhängen läßt. Wie also derjenige, welcher unter einer Bedingung contrahirt, nur bei einem gewissen Zustande der Verhältnisse verpflichtet sein will, so wird dagegen die Partei, welche unter einer ausgesprochenen oder sonst in unzweideutiger Weise erhellenden Voraussetzung einen Vertrag eingegangen,

durch denselben zwar schlechtweg gebunden, jedoch mit der Maßgabe, daß die Wirksamkeit des Geschäfts von dem Vorhandensein der Voraussetzung abhängt. Es besteht m. a. W. die gewollte rechtliche Wirkung, auch wenn die Voraussetzung ermangelt; allein es entspricht dies dem wahren, eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht. Indem sonach das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obwohl formell gerechtfertigt, materiell ohne rechtfertigenden Grund ist, kann der Obligirte sich gegen die aus der eingegangenen Verbindlichkeit hergeleiteten Ansprüche, was hier allein in Frage steht, mittelst einer Einrede, der exceptio doli, schützen.

Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung S. 1 ff. u. S. 41 ff.
Derselbe, Pandecten, §§ 97 u. 423.
Bähr, Anerkennung (2. Aufl.) S. 16 u. S. 66.
Seuffert, Archiv f. Entscheid. d. obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. XVI Nr. 6 u. Nr. 108 Bd. XXIV Nr. 36.

So kann denn insbesondere Derjenige, welcher unter gegebenen, sei es ausdrücklich erklärten, sei es sonst unzweideutig als gemeint erhellenden Voraussetzungen, zur Hingabe eines Darlehens sich verpflichtet hat, der Klage aus dem pactum de mutuo dando die Einrede entgegensetzen, daß die betreffenden Voraussetzungen ermangeln.

Degenkolb, der Begriff des Vorvertrags Freiburg i. B. 1871. S. 44.

Hiergegen kann man sich nicht mit dem ungenannten Verfasser des Artikels in der Eisenbahn, Schweizerische Zeitschrift für Bau- und Verkehrswesen Jahrg. 1877 Nr. 14 S. 105 ff. auf das Erkenntniß des O.-A.-G. in Lübeck (in Seuffert, Archiv Bd. XXVI Nr. 212) berufen, da dasselbe lediglich — und dies mit vollem Grunde — ausführt, daß die clausula rebus sic stantibus bei einem pactum de contrahendo keine größere Berechtigung, wie bei allen anderen Verträgen habe.

Die Anwendung des gewonnenen Ergebnisses auf den vorliegenden Fall ergibt sich von selbst. Das Gründer-Consortium hat sich, wie hier unterstellt, aber nicht eingeräumt wird, durch den sog. Gotthard-Vertrag verpflichtet, der Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft ein Gelddarlehen in der Form der Uebernahme von Prioritäts-Obligationen dieses Actienvereins zu geben. Es hat diese Verpflichtung ausdrücklich zum Zwecke der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens eingegangen und hiermit im Zusammenhange unter der sowohl aus den Umständen der Vertragschließung, wie aus einzelnen Vertragsberedungen unzweideutig sich ergebenden Voraussetzung, daß durch die versprochene Summe, durch welche das Baucapital der Gesellschaft auf 187 Millionen Frcs. gebracht werden sollte, die Ausführung jenes Unternehmens ermöglicht sei. Damit verband sich die weitere Voraussetzung einer durch die Rentabilität der mit dem veranschlagten Capital erbauten Bahn gesicherten Verzinsung und allmähligen Rückzahlung der Prioritäts-Obligationen in der vereinbarten Zeit. Daß diese Voraussetzungen aber sämmtlich ermangeln, wurde bereits ausgeführt. Sonach steht den Consorten gegenüber einer Klage der Gotthardbahn-Gesellschaft auf Uebernahme der noch restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen eine exceptio doli zur Seite.

Gegen die Statthaftigkeit einer solchen Einrede wegen ermangelnder Voraussetzung kann man sich aber nicht, wie Einige wollen,

Göppert in der Krit. Vierteljahrschrift Bd. XIV. S. 427 ff.

auf den Satz berufen, „wer Credit gibt, übernimmt damit das Risico eines Verlustes," indem man behauptet, es verhalte sich ebenso mit demjenigen, der Credit zu geben verspreche, und dürfe hier so wenig wie dort, die clausula rebus sic stantibus in den Vertrag hinein interpretirt werden.

Denn abgesehen davon, daß Creditgeben, wie z. B. durch eine Darlehenshingabe oder durch einen Creditverkauf, und Versprechen, creditiren zu wollen zwei ganz ver-

schiedene Dinge sind, handelt es sich nach Maaßgabe der vorstehenden Ausführungen nicht um ein Hineininterpretiren der clausula rebus sic stantibus in einen Vertrag der zuletzt besprochenen Art, vielmehr um eine Voraussetzung, auf welche ausdrücklich oder nach dem sonst in unzweideutiger Weise kundgegebenen Willen der sich Verpflichtenden bei der Uebereinkunft Bezug genommen worden ist. Eine solche Voraussetzung lag aber dem Versprechen zu Grunde, welches das Gründer-Consortium im Gotthard-Vertrage bezüglich der Uebernahme der Prioritäts-Obligationen gab. Wurde auch durch das Eingehen dieser Verbindlichkeit eine gewisse Gefahr übernommen, da es immerhin möglich war, daß das mit dem veranschlagten Baucapital von 187 Mill. Frcs. ausgeführte Unternehmen der Gotthardbahn sich nicht in dem berechneten Maaße rentirte, und daß demnach die Verzinsung der Prioritäts-Obligationen und deren allmählige Rückzahlung in der Weise, wie solches zugesagt war, unterblieb, und beziehungsweise unterbleiben mußte, so haben sich dagegen die Consorten der anderen Gefahr nicht aussetzen wollen, und nicht ausgesetzt, welche die Prioritätsgläubiger in Folge des Umstandes bedroht, daß wegen einer Veränderung in den Voraussetzungen, von denen bei Uebernahme der Verbindlichkeit ausgegangen wurde, das Unternehmen gar nicht oder nur mittelst Beschaffung anderweitiger Mittel hergestellt werden kann. Auch daraus, daß ohne den Nachweis der Beschaffung des der Gotthardbahn-Gesellschaft nöthigen Baucapitals und sonach der von dem Consortium versprochenen Uebernahme der 68 Millionen Prioritäts-Obligationen der schweizerische Bundesrath die Gesellschaft voraussichtlich nicht genehmigt haben würde, läßt sich kein Argument gegen die im vorstehenden begründete exceptio doli entnehmen. Vorerst ist nämlich in dem betreffenden Bundesrathsbeschlusse vom 3. November 1871 nirgends auf jenes Versprechen oder auf den Gotthardvertrag überhaupt Bezug genommen, sondern, was das Baucapital der Gesellschaft anbetrifft, im Eingange des Beschlusses sowohl,

wie in dem Contexte (art 5, art 8 Abs. 3 und art 9) nur der von den drei interessirten Staaten zugesagten Subventionen Erwähnung gethan. Alsdann würden, wenn es sich auch in dieser Hinsicht anders verhielte, die Annahmen, von welchen der Schweizerische Bundesrath bei Ertheilung der gesetzlich erforderlichen Genehmigung der Statuten des zu errichtenden Actienvereins ausgegangen, ohne alle Bedeutung für die Beurtheilung des rein civilrechtlichen Verhältnisses der der Gesellschaft vertragsmäßig Obligirten sein. Für diese Beurtheilung kommt weiter ebensowenig der Umstand in Betracht, daß die Firmen, welche sich zur Uebernahme der Prioritäts-Obligationen der Gotthardbahn-Gesellschaft verpflichteten, zugleich auch Gründer dieses Vereins sind. Denn mag auch die betreffende Verbindlichkeit von den gedachten Häusern im Zusammenhange mit der von ihnen in Aussicht genommenen, ja gegenüber der Gotthard-Vereinigung übernommenen Gründung der Gotthardbahn-Gesellschaft eingegangen worden sein, so haben sich jene Firmen nicht in ihrer Eigenschaft als Gründer zur Einbezahlung der Prioritäts-Obligationen verpflichtet. Der Gründer, oder m. a. W. derjenige, welcher ein Actien-Unternehmen ausgesonnen, und zu Actienzeichnungen aufgefordert hat, steht in jener Eigenschaft zum Actienverein selbst in keiner rechtlichen Beziehung, indem vielmehr seine Stellung als Unternehmer mit dem Inslebentreten der Actienverbindung aufhörte.

Rechte der Gründer gegen die Actienverbindung beruhen auf Beschlüssen dieser letzteren oder auf besonderen Vereinbarungen mit derselben, welche auch in der Form eines in den Statuten, auf welche die Gesellschaft errichtet wurde, gemachten Vorbehalts getroffen sein können.

Renaud, Actienges. 2. Aufl. S. 783.

Immerhin ist die Gründer-Eigenschaft hier nur Veranlassung, Beweggrund der zugesicherten Vortheile, also ohne juristischen Belang. In der nämlichen Weise verhält es sich mit Verbindlichkeiten der Gründer gegenüber dem Actienvereine. Auch diese beruhen auf besonderen Vereinbarungen mit der Gesellschaft, oder doch, wie im vorliegenden Falle, wenn

man überhaupt annimmt, daß eine rechtliche Verbindlichkeit der Consorten bezüglich der Uebernahme der Prioritäts=Obligationen zum Vortheile der Actien=Verbindung entstanden ist, auf anderweitigen Uebereinkünften, welche nur thatsächlich mit der Gründung zusammenhängen. Die Consorten stehen demnach zu der von ihnen gegründeten Actiengesellschaft und der durch das pactum de mutuo dando eingegangenen Verbindlichkeit in keinem anderen Verhältniß, wie irgend ein Dritter, der in eben solcher Weise die Finanziirung des Unternehmens übernommen hätte.

Daß endlich die für die Ausführung der Gotthardunternehmung nöthige Summe nicht allein durch das Stammcapital der Actiengesellschaft, sondern abgesehen von den Staatssubventionen auch durch das Capital der Prioritätsobligationen hergestellt werden sollte, vermag an der dargestellten Sachlage nichts zu ändern. Es haben hierdurch weder die auf die Obligationen bereits einbezahlten Summen, noch die wegen des restirenden Betrags bestehenden Forderungen den Charakter eines Grundcapitals erhalten und finden demnach auf diese Ansprüche die Grundsätze über die Rechte von Actienzeichnungen keine Anwendung.

Die Consorten haben also gegenüber einer Klage der Gotthardbahn=Gesellschaft auf Abnahme der 20 Mill. restirenden Prioritäts=Obligationen, falls man ein solches Rechtsmittel überhaupt für begründet erachten sollte, unzweifelhaft eine exceptio doli auf Grund eines Ermangelns der Voraussetzungen, unter welchen sie in unzweideutiger Weise die bezügliche Verbindlichkeit eingegangen haben. Indem aber den vorstehenden Ausführungen zufolge die zweifache Alternative vorliegt, daß entweder die Ausführung des Gotthard=Unternehmens wegen Unzulänglichkeit des veranschlagten Baucapitals unterbleibt, oder daß sie mittelst Anschaffung neuer Mittel Seitens der Gesellschaft stattfindet, könnte jene Einrede im letzteren Falle, und in diesem allein durch eine Sicherheitsleistung elidirt werden, welche die verabredete Verzinsung und Capitals=Rückzahlung vollkommen garantirte. Selbstverständlich werden übrigens die

Consorten nur dann verbunden sein, auf das Anerbieten einer solchen Sicherheitsleistung einzugehen, wenn man annehmen sollte, daß sie an sich aus dem Gotthard-Vertrage der Gotthardbahn-Gesellschaft verpflichtet worden sind.

§ 8.

Die in Aussicht genommene Abänderung der Gotthards-Unternehmung.

Durch den Vertrag vom 10. October 1871, aus welchem die Gotthardbahn-Gesellschaft einen Anspruch gegen das Gründer-Consortium auf Abnahme ihrer Prioritäts-Obligationen ableitet, wurden Seitens der Häuser, welche jene Uebereinkunft mit der Gotthard-Vereinigung abschlossen, sowie der denselben später beigetretenen Firmen eine Anzahl Verpflichtungen zum Zwecke der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens eingegangen (§ 1 des Vertrags). Insbesondere sagten die gedachten Firmen nicht allein die Errichtung der Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft auf Grund eines anliegenden Statutenentwurfs, welcher nunmehr das Statut der ins Leben getretenen Actienverbindung bildet, zu, sondern verpflichteten sich dieselben auf Grund eben dieses Statuts zur Abnahme der von der Actiengesellschaft auszugebenden 68 Millionen Prioritäts-Obligationen (Gotthard-Vertrag §§ 5. 7. 8.) Sonach wurde die letztgenannte, hier allein in Frage stehende Verbindlichkeit zum Zwecke der Ausführung des Gotthardbahn-Unternehmens, wie es durch die Statuten der zu errichtenden Gesellschaft vorgesehen war, und durch das jetzige Vereinsgesetz bestimmt ist, eingegangen. —

Dieses Statut erklärt aber (art 1):

> „Auf Grundlage des Staatsvertrags zwischen der Schwei-
> „zerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Italien
> „betr. die Gotthardbahn vom 15. October 1869, und des
> „auf diese Bahn bezüglichen Staatsvertrags zwischen der
> „Schweizerischen Eidgenossenschaft, dem Deutschen Reiche

„und dem Königreich Italien vom 28. October 1871 . . .
„. . . bildet sich die Gotthardbahn-Gesellschaft, deren „Zweck der Bau und Betrieb des in den oben- „erwähnten Staatsverträgen bezeichneten „Eisenbahnnetzes ist."

In art. 1 der zwischen der Schweiz und Italien am 15. October 1869 abgeschlossenen Uebereinkunft, welcher das deutsche Reich am 31. October 1871 beitrat, ist nun bestimmt:

„Das zu diesem Zwecke (nämlich der Sicherung der „Verbindung zwischen den deutschen und den italienischen „Eisenbahnen mittelst einer schweizerischen Eisenbahn über „den St. Gotthardt) herzustellende Gotthardbahnnetz um- „faßt folgende Linien:

„Luzern—Küßnacht und Immensee—Goldau,
„Zug—St. Adrian—Goldau
„Goldau—Flüelen—Biasca—Bellinzona
„Bellinzona—Lugano—Chiasso
„Bellinzona—Magadino—Italienische Grenze gegen „Luino mit Zweigbahn nach Locarno."

„Dieses Netz wird eine Länge von ungefähr 263 Kilo- „meter erhalten."

Nachdem die Insufficienz des auf 187 Millionen Frcs. veranschlagten Baucapitals sowohl durch Schreiben der Direction der Gotthardbahn an den Schweizerischen Bundesrath d. d. 3. März 1876 betr. die Finanzlage der Gesellschaft, wie durch den in demselben Betreffe Seitens des Verwaltungsraths an die Général-Versammlung d. d. 17. Juni 1876 erstatteten Bericht außer Zweifel gestellt worden, wurde in den zwischen Deutschland, Italien und der Schweiz im Juni 1877 in Luzern abgehaltenen internationalen Conferenzen durch die Delegirten dieser Staaten anerkannt, daß die vollständige Ausführung (l'éxécution intégrale) des der Uebereinkunft von 1869 zu Grunde gelegten Programms nicht zu verwirklichen sei, weil dazu Mittel erforderlich wären, die nicht beschafft werden könnten,

Conférences internationales p. 23 seq. p. 33 p. 39 p. 48. 49.

Demgemäß machte sich die Conferenz schlüssig, den von ihr vertretenen Regierungen zugleich mit einer Erhöhung des durch die Uebereinkunft vom 15. October 1869 zugesicherten Subventions-Capitals, verschiedene Modificationen des durch diesen Staatsvertrag festgestellten Bauplanes vorzuschlagen, abgesehen von anderen Beschränkungen des ursprünglichen Programms, wie z. B. des Baues einzelner daselbst als doppelgleisig vorgesehenen Linien als eingleisige.

Art. 2. des Vertrags vom 15. October 1869.

vergl. mit art 2 der durch die Conferenz vorgeschlagenen neuen Fassung,

Conférences internationales p. 68. 69.

soll insbesondere das durch die Staatsverträge bestimmte Gotthardbahnnetz

Art. 1 Nr. 3 des zwischen der Schweiz und Italien abgeschlossenen Vertrags

insofern beschränkt werden, als die Vertagung des Baues einzelner Linien, nämlich der Linie Luzern—Immensee, Zug—Arth und Giubasso—Lugano auf unbestimmte Zeit vorgeschlagen wird

Conférences internationales p. 70.

Die Vorschläge der internationalen Conferenz sind allerdings bisher weder durch die betheiligten Staaten genehmigt, noch durch die Gotthardbahn-Gesellschaft angenommen worden. Sollte dies jedoch geschehen, sollte insbesondere die Gesellschaft, sei es mit dem Willen aller Actionäre, sei es nach Aenderung der Statuten, welche allein eine Ausdehnung des Bahnnetzes vorsehen (Statut art. 30 Nr. 4 und art. 2) durch einen Beschluß der General-Versammlung in die vorgeschlagene Beschränkung des Bauplans willigen, so würde eine Veränderung des Unternehmens vorliegen, welche für die rechtliche Verbindlichkeit der Consorten nicht unerheblich bliebe, denn es ist augenscheinlich, daß Derjenige, welcher ein Darlehen zur Ausführung eines gegebenen näher bestimmten Unternehmens versprochen hat, dasselbe für ein verändertes Unternehmen zu geben nicht angehalten werden kann;

am allerwenigsten dann, wenn die Veränderung geeignet ist, die zugesagte Verzinsung und allmählige Rückzahlung des Anlehens zu gefährden.

Daß ein solcher Fall aber bei Annahme der vorgeschlagenen Beschränkungen eintreten würde, ist an sich zweifellos, wie denn auch in der internationalen Conferenz vom Jahre 1877 p. 60 anerkannt wurde, daß eine Reduction des Bahnnetzes eine verhältnißmäßige Verminderung des Betrags der Netto-Einnahmen aus dem Bahn-Unternehmen im Gefolge hätte. Die beschlossene Abänderung des ursprünglichen Planes des Gotthard-Unternehmens würde demnach für die Consorten gegenüber einer Klage auf Einbezahlung der restirenden 20 Millionen Prioritäten eine weitere exceptio doli begründen.

§ 9.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse. — Das Regreßrecht der Actionäre und der Inhaber der bereits ausgegebenen Prioritäts-Schuldscheine gegen das Gründer-Consortium wegen Nicht-Einzahlung der restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen.

Die im Vorstehenden gewonnenen Ergebnisse lassen sich, was das Streitverhältniß selbst anbetrifft, in Folgendem zusammenfassen:

Eine rechtliche Verbindlichkeit des Gründer-Consortiums zur Abnahme der von der Gotthardbahn-Gesellschaft ausgegebenen resp. auszugebenden Prioritäts-Obligationen ist nicht entstanden. Eine solche Verpflichtung ist nicht durch den am 10. Oct. 1871 zwischen den Consorten und der Gotthard-Vereinigung abgeschlossenen Vertrag begründet worden. Denn es vermochte diese Uebereinkunft einmal keinerlei Rechte für die Gotthard-Vereinigung, d. h. für die dieselbe bildenden Cantone und Schweizerischen Eisenbahn-Gesellschaften zu erzeugen, weil es diesen an jedem nachweisbaren pecuniären Interesse an der an den Dritten, die Gotthard-Eisenbahn-Gesellschaft zu erfüllenden Leistung fehlt. Ebensowenig begründete die gedachte Beredung Rechte der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Mit-

glieder des Consortiums, weil pacta in favorem tertii, von einzelnen hier nicht einschlagenden Ausnahmen abgesehen, nach dem maßgebenden örtlichen Rechte, dem Bernischen unstatthaft und ungültig sind. Die Gotthardbahn-Gesellschaft kann demnach aus dem Vertrag vom 10. October 1871 weder mit einer actio directa, noch mit einer von der Gotthard-Vereinigung abgeleiteten utilis actio gegen die Consorten auf Abnahme der noch restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen klagen.

Die Gotthardbahn-Gesellschaft hat aber auch sonst eine Forderung des in Frage stehenden Inhalts gegen die Consorten nicht erworben, welche auch später keine Verbindlichkeit gegenüber jenem Actienverein übernommen haben.

Jedenfalls steht aber den Mitgliedern des Gründer-Consortiums gegen eine Klage der Gotthardbahn-Gesellschaft, wenn man einen klagbaren Anspruch hier überhaupt anerkennen sollte, eine exceptio doli wegen Ermangeln der Voraussetzung zu, weil das Baucapital von 187 Millionen Frcs., auf dessen Grundlage das Darlehens-Versprechen gegeben wurde, sich als von vornherein zu niedrig gegriffen erwiesen hat.

Auch würde eine exceptio doli noch in anderer Richtung begründet sein, wenn die Gotthardbahn-Gesellschaft sich die Vorschläge der internationalen Conferenz in Luzern wegen Beschränkung des Bauplans aneignen sollte.

Bei dieser Sachlage entsteht nun die Frage, ob nicht die Consorten auf Grund der Nichteinzahlung der noch restirenden 20 Millionen Prioritäten einem Rückgriff Seitens der Actionäre sowie der Inhaber der bereits ausgegebenen Prioritäts-Schuldscheine ausgesetzt sein könnten.

Ein solches Rückgriffsrecht würde jedenfalls voraussetzen daß die Actionäre und die Inhaber der Prioritäts-Obligationen durch die Nicht-Abnahme der 20 Millionen geschädigt würden. Allein es vermag eine solche Schädigung vorerst nicht mittelst der Behauptung begründet zu werden, daß die Zurückhaltung jenes Betrags die Ausführung des Gotthard-Unternehmens verhindere. Denn es ist die Vollendung desselben selbst bei Ein-

zahlung der vollen 68 Millionen ohne weitere Capitalanschaffung unmöglich, während bei einem Zuflusse weiterer Capitalien auch die Deckung des Ausfalls der 20 Millionen nicht im Bereich der Unmöglichkeit liegt. Ebensowenig könnte ein Schaden, welcher die Actionäre, wie die Inhaber der Prioritätsschuldscheine in Folge der Nicht-Einbezahlung der 20 Millionen träfe, in der Art substantiirt zu werden, daß dadurch die der Gesellschaft zur Bezahlung der Bauzinsen und zur Verzinsung der Prioritäts-Obligationen zu Gebote stehenden Mittel geschmälert würden. Eine solche Begründung wäre nämlich um deßwillen unschlüssig, weil durch die Abnahme weiterer Prioritäts-Obligationen die dem Actienvereine obliegende Zinsenlast vermehrt würde, und auch nirgends vorgesehen ist, daß die 20 Millionen nicht verbaut, sondern zur Abtragung von Bau- und anderen Zinsen zurückgelegt werden sollen.

Abgesehen hiervon würde es einem Rückgriff der Actionäre wie der Inhaber der Prioritäts-Obligationen gegen die Consorten *an jedem Rechtsgrunde* fehlen. Denn es könnten letztere nur in der Eigenschaft als Schuldner der Actiengesellschaft oder kraft einer gegenüber den Actionären und den Inhabern der Prioritäts-Obligationen eingegangenen selbständigen Verpflichtung in Anspruch genommen werden. Als Schuldner der Gotthardbahn-Gesellschaft sind aber die Mitglieder des Consortiums einer In-Anspruchnahme nicht ausgesetzt, weil sie jener gegenüber keinerlei Verbindlichkeit bezüglich der Abnahme der Prioritäts-Obligationen übernommen haben, und jedenfalls einer solchen Verpflichtung eine *exceptio doli* entgegenzusetzen in der Lage sind. Auch können die Creditoren eines Actienvereins, wie Prioritätsgläubiger wegen rückständiger Zinsen und Actionäre wegen nicht bezahlter Bauzinsen, von einer Cession abgesehen, gegen Schuldner der Gesellschaft nur auf dem Wege einer gegen diese Letztere gerichteten Execution vorgehen.

Renaud, Actiengesellschaft 2. Aufl. S. 778.

Eine selbständige Verbindlichkeit aber haben die Mitglieder des Gründer-Consortiums weder gegenüber den Actionären, noch gegenüber den Abnehmern der Prioritäts-Obligationen über-

nommen. Sie haben wegen der Abführung der Bauzinsen so wenig wie hinsichtlich der Verzinsung der Prioritäts-Obligationen und deren allmähliger Rückzahlung eine Garantie versprochen, wie dies möglich gewesen wäre.

Was zunächst die Actionäre anbetrifft, so enthält der im Januar 1872 durch das Internationale Consortium für die Begründung der Gotthardbahn ausgegebene Prospect, durch welchen Actienzeichnungen veranlaßt werden sollten, neben der Aufstellung der Subscriptions-Bedingungen zunächst die denselben vorausgeschickte Angabe, daß auf Grund der Staatsverträge vom 15. Oct. 1869 und vom 28. Oct. 1871, sowie auf Grund der vom Schweizerischen Bundesrath am 3. Nov. 1871 genehmigten Statuten die Gotthardbahn-Gesellschaft mit dem Sitze in Luzern errichtet worden sei. Nachdem hierauf die Mitglieder des Verwaltungsraths und der Direction des Actienvereins benannt, und die Linie bezeichnet worden, welche das zu erbauende Bahnnetz umfassen sollte, wird in dem Prospecte erklärt:

„Durch die von den betheiligten Staaten zugesicherten „Subventionen und durch feste Uebernahme der „von der Gesellschaft auszugebenden Actien „und Obligationen wurde die Beschaffung „des für die Gotthardbahn erforderten Bau-„capitals bereits bei Begründung der Gesell-„schaft vollständig sichergestellt.“

„Das Baucapital wird aufgebracht:

„Durch Subventionen der betheilgten „Staaten im Betrage von	Frcs. 85,000,000
„durch Emission von 68,000 Actien auf „den Inhaber lautend, die Actie zu „500 Frcs. im Betrage von . . .	Frcs. 34,000,000
„durch Emmission von Obligationen bis „zum Betrage von	Frcs. 68,000,000.“

Hierauf folgt die Erklärung, daß den Actionären ein fester Zins bis zur Eröffnung des großen Gotthard-Tunnels vergütet werde, während ihnen nach diesem Zeitpunkt die statutenmäßige

Dividende zukomme. Endlich wird den Actionären ein weiterer Vortheil aus der Vertheilung eines Drittheils der Ersparnisse beim Bau des großen Tunnels auf die einzelnen Actien in Aussicht gestellt. Dieser Drittheil nämlich, welchen die Gesellschaft dem internationalen Consortium, das die Beschaffung des außer dem Subventionscapital erforderten Baucapitals für die Gotthardbahn übernommen hatte, zu gewähren verpflichtet sei, sei von den Consorten in solcher Weise auf die Gesellschaft übertragen worden.

Der Prospect enthält hiernach nur Angaben, wie sie bei jeder Aufforderung zu Actienzeichnungen unentbehrlich sind. Er macht das Publikum, welches sich bei dem Actienunternehmen betheiligen soll, mit diesem Unternehmen selbst, sowie mit den für dessen Ausführung gebotenen Mitteln bekannt, indem er zugleich die Vortheile aufzählt, welche die Betheiligung bei der Gesellschaft den Actionären in Aussicht stellt. Diese Kundgebungen geschehen auf Grund der zwischen den interessirten Staaten abgeschlossenen Staatsverträge, auf Grund ferner der Gesellschafts-Statuten sowie endlich von Abmachungen des Gründer-Consortiums mit Dritten. Nirgends ist daselbst die Absicht der Consorten angedeutet, eine Garantie irgend welcher Art gegenüber den Actienzeichnern und beziehungsweise deren Rechtsnachfolgern bezüglich der Bauzinsen oder gar der Dividenden zu übernehmen, wie denn hier überhaupt von einem Versprechen der Gründer nicht die Rede ist. Insbesondere liegt in der Erklärung, es sei durch die von den betheiligten Staaten zugesicherten Subventionen und durch feste Uebernahme der von der Gesellschaft auszugebenden Actien und Obligationen die Beschaffung des für die Gotthardbahn erforderten Baucapitals bereits die Begründung der Gesellschaft vollständig sichergestellt worden, lediglich eine Bezugnahme auf Thatsachen, welche der Errichtung der Gotthardbahn-Gesellschaft zu Grunde gelegt waren. Die Uebernahme einer Garantie für die Wahrheit dieser Thatsachen oder gar ein Verzicht auf die Geltendmachung einer etwaigen Un-

gültigkeit oder Unwirksamkeit des Dritten gegenüber bezüglich der Einzahlung der Prioritäts-Obligationen gegebenen Versprechens ist hier weder geäußert, noch beabsichtigt.

Wenn demnach eine Klage der Actionäre gegen die Mitglieder des Consortiums wegen Nichteinzahlung der 20 Mill. Prioritäten abgesehen davon, daß in dieser Thatsache eine Beeinträchtigung jener nicht vorliegt, auf eine Garantie-Uebernahme, auf ein zu Gunsten der Actienzeichner gegebenes Versprechen nicht gegründet zu werden vermöchte, so könnte hier ebensowenig von einer actio doli die Rede sein. Denn es sind die im Prospect enthaltenen Angaben solche, deren Richtigkeit zu damaliger Zeit allseitig angenommen war, während die Consorten erst durch später hervorgetretene Umstände sich veranlaßt gefunden haben, ihre rechtliche Verbindlichkeit wegen Uebernahme der Prioritäts-Obligationen zu bestreiten.

Allein auch die actio emti wegen mangelnder dicta und promissa wäre hier nicht begründet. Wie nämlich bei der Seitens der Gründer ergangenen Aufforderung zur Uebernahme von Actien hinsichtlich der Güte dieser keine ausdrückliche Zusage ertheilt wurde, so ist die wirkliche Auszahlung von 6% Bauzinsen bis zur Eröffnung des großen Gotthard-Tunnels nicht als stillschweigend zwischen den ersten Begebern der Actien und deren Abnehmern vereinbart zu betrachten, da der Prospect vielmehr nur die Erklärung enthält, daß solche Bauzinsen durch die Statuten zugesichert seien.

In der nämlichen Weise, wie mit den Actionären verhält es sich hinsichtlich der Inhaber der drei bereits ausgegebenen Serien der Prioritäts-Obligationen.

In dem Programme, durch welche kundgegeben wurde, daß die erste und zweite Serie der Obligationen zu dem und dem Werth zum Verkauf gebracht werde, ist dieser Bekanntmachung die Erklärung vorausgeschickt:

„Bekanntlich wird das Baukapital der Gotthardbahn aufge-
„bracht durch Subventionen der betheiligten Staaten im Be-
„trage von Frcs. 85,000,000 durch Emission von Actien im
„Betrage von Frcs. 34,000,000, durch Emission von Obliga-

„tionen bis zum Betrag von Frcs. 68,000,000, zusammen „Frcs. 187,000,000."

Hierauf folgen in den drei Prospecten Angaben über die Art, wie die Obligationen ausgestellt werden sollen, über deren Verzinsung und allmählige Rückzahlung.

Ueberall handelt es sich hier wieder um eine Bezugnahme auf die zwischen den betheiligten Staaten abgeschlossenen Staatsverträge und die vom Consortium mit der Gotthard-Vereinigung eingegangene Uebereinkunft. Nirgends findet sich eine Andeutung der Absicht der Consorten gegenüber den Uebernehmern der Prioritäts-Obligationen eine Garantie bezüglich der Verzinsung und Rückzahlung übernehmen zu wollen, nirgends ein in dieser Hinsicht ertheiltes Versprechen oder ein Verzicht auf die Geltendmachung einer Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Dritten wegen Einbezahlung der 68 Millionen gegebenen Zusage. Eine Klage der Inhaber der Prioritäts-Obligationen gegen die Mitglieder des Consortiums wäre also mittelst einer von diesen übernommenen Garantie nicht zu begründen. Ebensowenig würde hier aber eine actio doli oder die actio emti wegen mangelnder dicta und promissa stattfinden, in welcher Hinsicht schlechtweg auf dasjenige verwiesen werden kann, was in Betreff der Actionäre ausgeführt wurde.

§ 10.

Der Gerichtsstand für eine gegen die Mitglieder des Consortiums durch die Gotthardbahn-Gesellschaft auf Abnahme der noch restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen anzustellenden Klage.

Der Umstand, daß die Mitglieder des Consortiums zum Aussöhnungsversuche über das Rechtsbegehren

„die Beklagten sollen gerichtlich verurtheilt werden, der „Gotthard-Eisenbahngesellschaft auf 31. October 1877 die „IV. Obligationen-Serie nach den Bestimmungen des „Vertrags vom 10. October 1871 abzunehmen"

vor die Audienz des Friedens-Richters in Bern geladen

worden sind, veranlaßt die Frage, ob die Berner Gerichte, und zwar zunächst das Erst-Instanz-Gericht der Stadt Bern für die in Aussicht genommene Klage als zuständig erscheine.

Selbstverständlich handelt es sich hierbei nur um diejenigen Consorten — und dahin gehören sämmtliche bis auf Eine Firma, — welche ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht in der Stadt Bern haben.

Daß mit der Feststellung des für die Beurtheilung des Streitverhältnisses maßgebenden örtlichen Rechts der Gerichtsstand für die betreffenden Streitsachen noch nicht bestimmt ist, bedarf keiner Ausführung. Sollen also die Consorten, welche nicht in der Stadt Bern wohnen, bei dem dortigen Gerichte verklagt werden können, so ist dies nur unter der alternativen Voraussetzung denkbar, daß das Berner Gericht hier als forum contractus oder als forum prorogatum zuständig ist.

Als forum contractus ist aber jenes Gericht um deßwillen nicht competent, weil das Bernische Prozeßrecht einen solchen Gerichtsstand überhaupt nicht, also auch nicht am Entstehungsorte des Vertrags kennt, während die Berner Gerichte allgemeinen Grundsätzen zufolge ihre Zuständigkeit nach Maßgabe ihrer Prozeßordnung zu beurtheilen haben.

Renaud, Civilprozeßrecht (2. Aufl.) § 9.

Sonach bleibt allein die andere Alternative offen, daß die Competenz des Berner Gerichts auf freiwilliger Unterwerfung beruht. Indem aber die in Aussicht gestellte Klage noch nicht angestellt ist, kann hier von einer Prorogation mittelst Einlassung Seitens des Verklagten vor einem gesetzlich incompetenten Gerichte, wie sie durch die Bernische Prozeßordnung § 18 vorgesehen ist, nicht die Rede sein. Ja es haben sogar die vor die Audienz des Berner Friedensrichters zum Aussöhnungsversuche geladenen 26 Consorten durch das sie daselbst vertretende Organ ausdrücklich erklärt, daß sie die Competenz des Berner Gerichts nicht anerkennten.

Sonach erübrigt allein die Frage, ob eine solche Anerkennung durch einen vor Anbeginn des Rechtsstreits abge-

schlossenen und für die zu Verklagenden rechtsverbindlichen Vertrag stattgefunden hat. Die Bernische Civilprozeßordnung, nach welcher allein das Bernische Gericht im Falle einer daselbst angestellten Klage auch hier seine Zuständigkeit zu beurtheilen hätte, kennt eine solche Vereinbarung nur in der aus dem französischen Rechte

code civ. Art. 111.
code de procedure civ. Art. 59.

entnommenen Form eines erwählten Domizils (domicile élu, domicile convenu)

Sie bestimmt (§ 12):

„Wenn ein Betheiligter für die Vollziehung eines „Vertrags einen bestimmten Ort als Wohnsitz bezeichnet „hat, so können alle Klagen aus dem Vertrage, sie mögen „auf die Erfüllung oder auf Aufhebung desselben oder „auf Entschädigung wegen Nichterfüllung gerichtet sein, „gegen ihn bei dem Richter des gewählten Wohnsitzes „angebracht werden. Bei dem erwählten Wohnsitz können „auch alle Mittheilungen von gerichtlichen oder außer„gerichtlichen Vorkehren gültig gemacht werden."

Zweifellos ist hier, obwohl das Gesetz es nicht ausdrücklich sagt, eine Domizil-Wahl gemeint, welche auf dem Wege einer Vereinbarung stattgefunden hat, da eine mittelst einseitiger Willenserklärung getroffene Wahl auch einseitig widerruflich sein würde.

Gilbert, code civ. annoté zu Art. 111 Note 4.

Dieser durch die Berner Civilprozeß-Ordnung anerkannten Form einer der Prozeßverhandlung vorausgehenden prorogatio fori entspricht denn auch die Fassung zweier §§ des Vertrags vom 10. October 1871. —

Nach § 18 dieser Uebereinkunft hinterlegt für die genaue Erfüllung derselben das Consortium zu Handen der Gotthard-Vereinigung bei dem schweizerischen Bundesrath eine Realcaution von 10 Millionen Francs, welche jedoch den Eigenthümern zurückzugeben ist, sobald sie die ersten 40% auf das

Actiencapital und die ersten 12 Millionen Francs auf das Obligationen-Capital einbezahlt haben werden.

„Während der Dauer der Cautionsbestellung" — so besagt jener § weiter, — „nehmen die Firmen, „welche das Consortium bilden, für die Erfüllung der „ihnen gemäß dem gegenwärtigen Vertrage obliegenden „Verpflichtungen in der Schweizerischen Bundesstadt ge„richtliches Domicil. Allfällige für sie bestimmte Anzeigen „und Ladungen können auf der Schweizerischen Bundes„Canzlei gültig abgegeben werden."

Die Unerheblichkeit dieser Vereinbarung hinsichtlich einer prorogatio fori für eine von der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Consorten anzustellende Klage vermag einem gegründeten Zweifel nicht zu unterliegen. Denn einmal handelt es sich hier um die Wahl eines Domizils gegenüber der Gotthard-Vereinigung. Andererseits wurde dieses Domizil für die Dauer der Cautionsbestellung genommen, während diese Caution vertragsgemäß nach Einbezahlung der ersten 40% auf das Actiencapital und der ersten 12 Millionen Francs auf das Obligationencapital zurückgegeben worden ist. Anders verhält es sich mit § 11 des Vertrags vom 10. Oktober 1871.

Nach diesem ist das Consortium verpflichtet, für die Uebernahme der Obligationen eine Caution zu bestellen, welche jeweilig 20% des nicht abgenommenen Theils betragen soll. Hierauf folgt die Erklärung:

„Während der Dauer der gemäß vorstehender Be„stimmungen zu bestellenden Caution nehmen die Betheiligten „für die Erfüllung der ihnen aus der Uebernahme der „Obligationen obliegenden Verpflichtungen in der Schwei„zerischen Bundesstadt gerichtliches Domicil. Die be„treffenden an sie ergehenden Anzeigen und Sendungen „können auf der Schweizerischen Bundeskanzlei gültig „abgegeben werden."

Die Caution, welche, wie früher bemerkt wurde, an die Gotthardbahn-Gesellschaft zu stellen war, ist dieser ge-

leistet worden, und befindet sich dermalen noch für die restirenden 20 Millionen Prioritäts-Obligationen in deren Händen.

Zweifellos handelte es sich bei jener Domicilwahl um die Begründung eines Gerichtsstandes in Bern für Klagen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Consorten wegen der letzteren aus der Uebernahme der Obligationen obliegenden Verpflichtungen. Darauf deutet nicht allein die Erklärung hin, es nehmen die Betheiligten in der Schweizerischen Bundesstadt gerichtliches Domicil, sondern die im Anschlusse an die Bernische Civilprozeß-Ordnung § 19 gewählte Fassung der Beredung.

Immerhin bleibt es aber vorerst zweifelhaft, ob nach Maßgabe dieses § der Prozeß-Ordnung eine bloß gerichtliche Domicilnahme zuläßig ist, oder mit a. W. die Wahl eines Domicils als statthaft erscheint, welche lediglich zum Zwecke der Begründung eines Gerichtsstandes geschieht, während für die Erfüllung der Obligation selbst ein anderer locus solutionis ausdrücklich vereinbart ist.

Gegen die Zuläßigkeit einer solchen Domizilwahl sprechen die Worte des Gesetzes:

> „Wenn ein Betheiligter für die Vollziehung eines
> „Vertrags einen bestimmten Ort als Wohnsitz bezeichnet
> „hat, so können alle Klagen aus dem Vertrage . . . .
> „gegen ihn bei dem Richter des erwählten Wohnsitzes
> „angebracht werden,"

eine Fassung, die offenbar aus dem französischen Rechte entnommen ist, welches dahin sich ausdrückt:

> „L'orsqu'un acte contiendra de la part des parties
> „ou de l'une d'elle élection de domicile pour
> „l'exécution de ce même acte". . . . .
>
> code civ. art. 111.
>
> „ . . . en cas d'élection de domicile pour l'exécution
> „d'un acte," . . .
>
> code de procédure civ. art 59.

Der Sinn des Gesetzes scheint hiernach dahin zu gehen, daß für Klagen aus Verträgen die Competenz eines an sich un-

zuständigen Gerichts dadurch begründet wird, daß die Vertragserfüllung in dem betreffenden Bezirke vereinbart oder daß mit a. W. an diesem Orte für die Vollziehung der Uebereinkunft Domicil genommen wird.

Im vorliegenden Falle sollte dagegen die Erfüllung der wegen Uebernahme der Prioritäts-Obligationen eingegangenen Verpflichtung, wie früher gezeigt wurde, nach Wahl der Consorten in Luzern oder an deren allgemeinen Wohnsitze stattfinden. Daher geschah denn die betreffende Domicilnahme, abgesehen von den besonders hervorgehobenen Anzeigen und Ladungen an die Mitglieder des Consortiums, welche bei der Schweizerischen Bundeskanzlei sollten abgegeben werden können, zum Zwecke der Begründung eines Gerichtsstandes an einem Orte, welcher nicht zugleich der Ort der Erfüllung der Obligation sein sollte.

Eine derartige Prorogation dürfte nach Maßgabe der Berner Civilprozeßordnung für unzulässig zu erachten sein.

Doch sind auch bei einer anderen Auffassung die Consorten zweifellos in Beziehung auf die gegen sie in Aussicht gestellte Klage in Bern nicht gerichtspflichtig.

Denn es kann eine prorogatio fori, welche durch eine dem Beginne des Rechtsstreits vorausgehende Uebereinkunft stattfindet, nur mittelst einer Vereinbarung der Parteien geschehen, also durch einen Vertrag, welcher zwischen dem künftigen Kläger und dem künftigen Verklagten geschlossen wird.

Erkennt dies schon das Römische Recht in einer Mehrzahl von Stellen an,

„Inter convenientes de re majori apud magi-
„stratus municipales agetur,"

l. 28 D. ad municipal. (50, 1)

„Judex qui usque ad certam summam judicare jussus
„est, etiam de re majori judicare potest, si inter liti-
„gatores conveniat."

l. 74 § 1 D. de judiciis (5, 1.)

so gilt das Nämliche auch nach heutigem Rechte ohne Rücksicht auf das Auseinandergehen der Landesgesetzgebungen in Betreff der Statthaftigkeit der Verträge zum Vortheile Dritter und auf die Verschiedenheit der in dieser Hinsicht aufgestellten Ansichten. Wie ein nach dem Gesetze unzuständiges Gericht dadurch competent wird, daß der Verklagte ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit auf die Klage verhandelt,

Renaud, Civilprozeßrecht (2. Aufl. S. 104.)

Bern: Civilprozeßordn. § 18.

die Prorogation also durch Willenskundgebung der Parteien statt hat, so kann eine der Klaganstellung vorausgehende Begründung eines gewillkührten Gerichtsstandes allein mittelst einer Vereinbarung der einstigen Parteien geschehen.

In diesem Sinne besagt z. B. die neue deutsche Reichs-Civilprozeß-Ordnung §§ 38 und 39:

„Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz „wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Verein-„barung der Parteien zuständig."

„Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn „der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, „zur Hauptsache mündlich verhandelt hat."

Wie demnach allgemeinen Grundsätzen zufolge anzunehmen ist, daß eine prorogatio fori nur mittelst einer unter den Parteien geschlossenen Uebereinkunft, dagegen nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem künftigen Verklagten und einem Dritten möglich ist, so steht dies nach Bernischem Rechte um so mehr außer Zweifel, als dasselbe, wie früher gezeigt wurde, Verträge zum Vortheile Dritter nur in wenigen hier nicht einschlagenden Ausnahmsfällen anerkennt.

Hiernach ist das Berner Gericht für eine gegen die Mitglieder des Consortiums auf Abnahme der restirenden 20 Millionen Obligationen Seitens der Gotthardbahn-Gesellschaft anzustellende Klage, wie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so nach Bernischem Rechte unzuständig.

Ein Gerichtsstand in Luzern aber als der Erfüllungsort der Vertragsverbindlichkeit für diejenigen Consorten, welche nach

§ 10 des Gotthard-Vertrags bei der Einzahlung auf die erste Serie der Prioritäten erklärt haben sollten, daß sie die betreffenden Obligationen an der Casse der Gesellschaft abnehmen wollten, ist um deßwillen nicht begründet, weil das Luzerner Gesetz über das Civilverfahren ein forum contractus in loco solutionis nicht kennt. Vielmehr kommt nach besagter Prozeß-Ordnung § 52 ein Gerichtsstand der eingegangenen Verbindlichkeit nur in der Art vor, daß solche, welche sich an einem Orte aufhalten, ohne förmlich angesessen zu sein, und an diesem Orte Verbindlichkeiten eingehen, die sie vor ihrer Entfernung daselbst erfüllen sollen, vor dem Gerichte dieses Orts belangt werden können.

Sonach dürften für die in Aussicht stehende Klage nur die verschiedenen Gerichte zuständig sein, in deren Bezirken die zu verklagenden Consorten ihr allgemeines Domicil oder je nach der Gesetzgebung der Staaten, welchen sie angehören, ihr Hauptetablissement, ihren handelsrechtlichen Wohnort haben.

Cession

zum Gutachten A.

I. Ist ein Vertrag folgenden Inhalts: „Abtretung des gesammten Activ-Vermögens einschließlich eines unter der Firma des Abtretenden geführten Handelsgeschäfts Seitens eines Schuldners an ein Consortium seiner Hauptgläubiger gegen Liberirung von seinen (des Schuldners) Verbindlichkeiten und Uebernahme der Tilgung seiner weiteren Schulden an die übrigen Gläubiger, und unter der Bedingung, daß nach Tilgung sämmtlicher Schulden das vorhandene Activ-Vermögen, sowie das Handelsgeschäft, dessen Veräußerung oder Auflösung durch die Gläubiger untersagt ist, wieder an den abtretenden Schuldner zum Eigenthum zurückübertragen werden soll" — rechtlich denkbar und wie ist ein solcher Vertrag rechtlich zu charakterisiren?

II. Kann das Gläubiger-Consortium, beziehungsweise der zu dessen Vertretung bestellte Aufsichtsrath den vorstehenden Vertrag einseitig aufheben, wenn besondere Bestimmungen nicht von den Contrahenten getroffen sind?

III. Kann der Aufsichtsrath den Schuldner, welcher laut des abgeschlossenen Vertrags gleichzeitig als Director des unter seiner Firma weiter zu betreibenden Handelsgeschäfts mit Gehalt unter der Oberleitung des Aufsichtsraths angestellt worden ist, aus dieser seiner geschäftlichen Stellung entfernen, insbesondere wenn in dem Vertrag bestimmt ist, daß der Schuldner jeder Kündigung dieser Stellung entsagt, und „**auch** der Aufsichtsrath in derselben „eine Aenderung nur aus gewichtigen, übrigens seiner „(des Aufsichtsraths) alleinigen Beurtheilung unterliegen„den Gründen eintreten lassen wird." — Welcher Auffassung unterliegt namentlich die letzterwähnte Vertragsbestimmung?

IV. Inwiefern kann der Aufsichtsrath im Falle, daß er auf dem Wege gerichtlicher Klage die Entfernung des Schuldners aus seiner Stellung als Direktor des Geschäfts nachsucht, für die Dauer des Rechtsstreits provisorische Maßregeln gegen den Schuldner als Beklagten, wie insbesondere die Stellung des Geschäfts unter eine anderweitige Direction beantragen?

V. Bleibt für den Fall, daß der Schuldner auf gerichtlichem Wege aus seiner geschäftlichen Stellung als Director entfernt wird, das anderweitige Vertrags-Verhältniß zwischen ihm und dem Consortium der Hauptgläubiger ohne irgend welche Modifikation fortbestehen, und welche Maßregeln kann der Schuldner und Cedent gegen seine Cessionare die Hauptgläubiger zur Wahrung seiner Rechte aus dem Vertrag geltend machen?

VI. Wenn in dem Vertrag bestimmt ist, daß der Aufsichtsrath, als Vertreter des Consortiums berechtigt sei, Associe's in das Handels-Geschäft aufzunehmen, kann er dies auch

ohne und gegen den Willen des Schuldners und Cedenten sowie der übrigen Gläubiger des Consortiums thun?

VII. Kann der Aufsichtsrath Einsprache erheben, wenn der Schuldner als Director des Geschäfts einen Commis zum Geschäftsbetrieb in das Geschäft mit Gehalt annimmt?

Zum Gutachten B.

I. Kann dem sein Vermögen einschl. Handelsgeschäft abtretenden Schuldner, welcher vor dieser Abtretung mit einem in dem Geschäft Angestellten vertragsmäßig ein Concurrenzverbot nach dessen Ausscheiden aus dem Geschäft stipulirt hatte, eine Uebereinkunft mit Rechtswirksamkeit entgegengesetzt werden, welche das Consortium der Gläubiger, beziehungsweise der dasselbe vertretende Aufsichtsrath mit diesem Angestellten während Innehabung des Geschäfts dahin abgeschlossen hatte, daß derselbe von seiner Verpflichtung aus dem Concurrenzverbot entbunden werde? —

II. Inwiefern kann der vorbenannte Angestellte, welcher auf Klage des wieder in das Eigenthum und Besitz des Handelsgeschäfts gelangten Schuldners zur Zahlung der stipulirten Conventionalstrafe und Schadensersatz wegen Verletzung des Concurrenzverbots verurtheilt ist, die Mitglieder des Aufsichtsraths des Gläubiger-Consortiums mit einer Regreßklage in Anspruch nehmen?

III. Für den Fall, daß die Mitglieder des Aufsichtsraths in Folge dieser Regreßklage zum Schadens-Ersatz verurtheilt sein sollten, entsteht die Frage, ob dieselben nicht ihren Rückgriff wieder an ihren Cedenten, den Vermögensabtretenden Schuldner nehmen können auf Grund der Vertragsbestimmung, wonach im Falle des Wiedereintritts des Schuldners in den Besitz seines Activ-Vermögens und Geschäfts, die Gläubiger für befreit, und von allen Passiven des Geschäfts entlastet sein sollten, und von

dem Schuldner vollständig schadlos zu halten seien, falls sie wegen Forderungen an das Geschäft jemals in Anspruch genommen werden sollten?

Gutachten A.

Zum Zweck des außergerichtlichen Ordnens des Schuldenwesens des Herrn R. in Frankfurt wurde unterm 11. Nov. 1862 zwischen diesem und einigen Hauptgläubigern desselben ein Vertrag abgeschlossen, laut welchem Ersterer sein gesammtes actives Vermögen und insbesondere auch sein Parfümerie-Geschäft auf die gedachten Hauptgläubiger übertrug, diese dagegen in einem Consortium vereinigt, auf eine noch näher festzustellende Weise die Befriedigung für ihr Guthaben mittelst des abgetretenen Vermögens suchen sollten, auch alle übrigen Passiva des Herrn R. übernahmen. Zur Oberleitung des Geschäfts und zur Vertretung des Consortiums wurde von den unterzeichneten 6 Gläubigern in dem nämlichen Vertrage ein aus 4 Mitgliedern bestehender Aufsichtsrath ernannt und unter Anderem weiter bestimmt, daß das gegenwärtige Vertragsverhältniß für die unterzeichneten Gläubiger nur ein provisorisches sein sollte. Auf Grund dieser provisorischen Uebereinkunft wurde nun unterm 9. Januar 1863 zwischen Herrn W. R. einerseits und dessen Hauptgläubigern andrerseits, zu denen außer den 6 Unterzeichnern des ersten Vertrags drei weitere hinzutraten, eine definitive Vereinbarung abgeschlossen, nach welcher Herr R. sein näher specificirtes Activ-Vermögen, insbesondere sein Parfürmerie-Geschäft mit allem Zubehör an die unterzeichneten Creditoren abtrat, diese dagegen sich Herrn R. gegenüber für ihre Forderungen an denselben befriedigt erklärten und auch die sämmtlichen übrigen Passiva des Cedenten übernahmen.

Zugleich enthielt der Vertrag eine Reihe einzelner Bestimmungen über die Verhältnisse der Mitglieder des Consortiums zu einander und zum Aufsichtsrathe, sowie über die Beziehungen der contrahirenden Hauptgläubiger zu Herrn R., welcher dem unter der bisherigen Firma fortzuführenden Parfümerie-Geschäft vorgesetzt wurde.

Nachdem nun Anstände über den weiteren Vollzug des Vertrags zwischen dem Aufsichtsrath des Gläubiger-Consortiums und Herrn W. R. sich erhoben, sind uns verschiedene Fragen mit dem Ansuchen übergeben worden, unser rechtliches Erachten abgeben zu wollen.

§ 1.

Zur Begutachtung der betreffenden Fragen erschien uns vor Allem als unumgänglich, den rechtlichen Character des Verhältnisses zu prüfen, welches durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 zwischen Herrn R. einerseits und dessen zu einem Consortium vereinigten Hauptgläubigern andrerseits begründet worden ist; insbesondere war zu untersuchen, wem dermalen die in diesem Vertrag bezeichneten früheren R.'schen Activa und namentlich das unter der bisherigen Firma W. R. fortgeführte Parfümeriegeschäft angehören.

Es konnte nun in dieser Hinsicht keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die im Vertrag Art. 1 näher bezeichnete vormals R.'schen Activa und insbesondere das daselbst hervorgehobene „W. R.'sche Parfümerie Geschäft" „mit allem Zubehör in Fabrik- und Geschäftsgeräthschaften, Ausständen, vorräthigen, fertigen und halbfertigen Waaren, Rohmaterialien, Gläsern, Etiquetten, u. s. w.," soweit solche Zubehörungen noch vorhanden sind, dermalen den in einem Consortium vereinigten Hauptgläubigern R.'s angehören. Daß vorerst eine solche Uebertragung der gesammten Activa R.'s auf seine Hauptgläubiger durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 von den Contrahenten beabsichtigt war, darüber lassen die im Vertrage gebrauchten Ausdrücke keinen Zweifel.

> „Herr W. R. hat abgetreten und tritt hiermit wiederholt ab an seine nachfolgenden Hauptgläubiger sein sämmtliches Activ-Vermögen.... Diese Eigenthums-Ueberlassung umfaßt namentlich folgende Gegenstände:
>
> „Die Behausung Lit. Q Nr. 27 u. s. w.
>
> „das W. R.'sche Parfümerie-Geschäft (Art. 1 des Vertrags)

„Die in Art. 1 stipulirte außergerichtliche „Cession des sämmtlichen Activvermögens „des Herrn W. R. an seine in Art. 1 genannten Haupt„gläubiger.

„Demgemäß erscheint jeder der an dem Consortium be„theiligten Gläubiger pro rata seines Forderungsbetrags „an den cedirten bonis des Schuldners active betheiligt.

(Art. 2 des Vertrags.)

„... Das Consortium der Gläubiger als der voll„ständige Geschäftsnachfolger des Herrn W. „R. in dessen Activen.... (ist) allein und aus„schließlich befugt, die Firma des Hr. W. R. fort„zuführen, und unter dieser Firma das abgetretene „Parfümerie-Geschäft zu exploitiren und weiter zu betreiben.

(Art. 3 des Vertrags.)

„Wird dieselbe, (die Gläubiger-Gemeinschaft) von dem am „10. Nov. erwählten Aufsichtsrath vertreten, welchem Herr „W. R. die cedirten Activen bereits förmlich übergeben hat."

(Art. 4 des Vertrags.)

„Ueberhaupt steht dem Aufsichtsrath ausschließlich das „Recht zu, über die Behausung als Eigen„thum des Gläubiger-Consortiums zu „verfügen....

(Art. 6 des Vertrags.)

„Die sonstigen, den unterzeichneten Gläu„bigern abgetretenen Activen des Schuld„ners wird der Aufsichtsrath im Interesse der Bethei„ligten auf die nach seinem Ermessen vortheilhafteste Weise „zu verwerthen oder zu verwenden suchen bemüht sein."

Nach allem diesem ist es unbestritten, daß die Absicht der Contrahenten beim Vertrag vom 9./11. Januar 1863 dahin gerichtet war, es sollten alle Activen des Herrn R. auf dessen Hauptgläubiger übergehen, während in dem Vertrag selbst bezeugt ist, daß in Erfüllung dieser Vertragsabsicht die betreffenden Activen förmlich Seitens Herrn R. an den das Gläubiger-Consortium vertretenden Aufsichtsrath übergeben wurden.

Insbesondere sollte das W. R.'sche Parfümerie-Geschäft nebst den übrigen Activen R.'s auf dessen Gläubiger übergehen, und wurde hinsichtlich der Fortführung desselben unter der bisherigen Firma die durch das allg. d. Handelsgesetzbuch Art. 22 erforderte ausdrückliche Einwilligung vom bisherigen Geschäftsinhaber Herrn W. R. ertheilt.

Der von Herrn R. und den mit ihm contrahirenden Gläubigern gewollten Cession des gesammten Activ-Vermögens des Ersteren stand aber auch kein rechtliches Hinderniß entgegen. Denn es handelt sich hier nicht um das beneficium cessionis bonorum eines insolventen Schuldners, welches besonders erworben werden muß, während die auf dessen Grund stattfindende Güterabtretung ihre eigenthümlichen Beschränkungen hat, sondern nur um eine freiwillige außergerichtliche Uebertragung des Activ-Vermögens einer Person auf eine Mehrheit anderer Personen.

Eine solche Uebertragung des gesammten Complexes der dermaligen Vermögensrechte einer Person auf Eine oder mehrere andere Personen ist aber nicht bloß an sich denkbar, sondern auch in den verschiedensten Formen und auf Grund der verschiedensten causae möglich; wie sie als Schenkung oder dotis constituendae causa vorkommen kann, so kann sie nicht weniger durch Verkauf oder als vereinbarte datio in solutum oder in anderer belästigender Weise vor sich gehen. Letzteres war nun vorliegend der Fall.

Die Cessionare des Herrn R. liberirten ihn in Gegenleistung für die Abtretung der gesammten Activa desselben von den Forderungen, die sie an ihn hatten, und übernahmen andrerseits die Tilgung aller übrigen Schulden ihres Cedenten.

Letzterer cedirte sonach sein gesammtes damaliges Activvermögen theils solvendi causa, indem er mittels dieser Cession von seinen Schulden an die Cessionare befreit werden, theils obligandi causa, insofern als diese sich mittelst Schuldübernahme-Vertrags zur Bezahlung der Verbindlichkeiten R.'s an Dritte obligirten.

Diese zweifache causa der R'schen Vermögens-Abtretung war aber der Natur der Sache nach für die weiteren Stipulationen zwischen R. und seinen Cessionaren maßgebend.

Letztere sollten, zu einem Consortium vereinigt, das R.'sche Parfümerie-Geschäft zu dem Zwecke fortbetreiben, um sich einmal wegen der Beträge ihrer Forderungen an R., auf welche sie verzichtet, zu decken, und um andrerseits die Werthe der anderweitigen Schulden ihres Cedenten, welche sie übernommen, einzubringen (Art. 2. 1 a des Vertr. und Art. 3. 1 a.)

Nachdem aber alle diese Beträge durch Betrieb des Parfümerie-Geschäfts und durch die Verwerthung und Verwendung der übrigen abgetretenen Activa nebst 4% Zinsen pro anno eingebracht worden, sollte das Vertragsverhältniß aufgelöst sein, und das abgetretene Vermögen mit Einschluß des Parfümerie-Geschäfts in seinem nunmehrigen Zustande, und mit der Verpflichtung zur Uebernahme aller darauf ruhenden Passiva an Herrn R., beziehungsweise nach dem Tode desselben an dessen Erben zurückfallen (Art. 10 und 11.) Die von Herrn R. an seine Hauptgläubiger vorgenommene Abtretung des Parfümerie-Geschäfts nebst übrigen Activen stellt sich hiernach als eine solche dar, welche nicht bloß unter belästigendem Rechtstitel stattgefunden, sondern im Interesse des Cedenten beschränkt und bedingt worden.

Die in Frage stehende Güterabtretung wurde zunächst im Interesse R's und der R.'schen Erben unter einer Resolutiv-Bedingung gemacht, indem das Vertrags-Verhältniß aufgelöst sein soll, sobald aus dem Vermögen des Cedenten und aus dem Betrieb des von ihm abgetretenen Parfümerie-Geschäfts die oben bezeichneten Beträge eingebracht sein werden.

Mit dieser resolutiven Bedingtheit der Cession hängt aber zusammen, daß die Cessionare die Verpflichtung übernahmen, die ihnen abgetretenen Activa nach bestem Vermögen zu dem Zwecke zu verwenden, um die Beträge ihrer Forderungen an R. sowie der Schulden dieses Letzteren an solche Gläubiger welche dem Consortium nicht beigetreten, einzubringen. Daß dies die Intention des Vertrags war, folgt aus dem Inhalt der

resolutiven Bedingung, unter welcher er geschlossen worden; und ist auch abgesehen hievon wiederholt im Vertrag selbst angedeutet.

Das Consortium der Gläubiger soll die Firma des Herrn W. R. fortführen und unter dieser Firma das abgetretene Parfümerie-Geschäft exploitiren und weiter betreiben, „zur Erreichung der Zwecke des gegenwärtigen Vertrags in dem Interesse der Gläubiger und des Schuldners (Art. 3.)"

„Die sonstigen den unterzeichneten Gläubigern abge-„tretenen Activen des Schuldners wird der Aufsichtsrath „im Interesse der Betheiligten, d. h. nicht „allein der sämmtlichen Creditoren, sondern auch des „Schuldners R., auf die nach seinem Ermessen vortheil-„hafteste Weise zu verwerthen oder zu verwenden bemüht „sein." (Art. 8.)

Insbesondere sollte es jedoch dem Consortium nicht gestattet sein, das von R. abgetretene Parfümerie-Geschäft nebst Firma zu veräußern oder aufzulösen.

Daß die in Frage stehende Cession unter dieser Beschränkung stattgefunden, unterliegt nach Maaßgabe des Vertrags keinem Zweifel.

Fassen wir das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen zusammen, so läßt sich dasselbe auf folgende Sätze zurückführen:

1. R. hat an seine Hauptgläubiger sein gesammtes Activvermögen mit Einschluß des Parfümerie-Geschäfts nebst Firma abgetreten.

2. Er hat diese Abtretung gegen eine zweifache Gegenleistung vorgenommen, nämlich einmal Befreiung von seinen Schulden an die Cessionare, und andrerseits Uebernahme Seitens dieser Letzteren Desjenigen, was er an Dritte schuldet.

3. Die Vermögensabtretung ist in resolutiv bedingter Weise geschehen, indem das Vertragsverhältniß aufgelöst sein und R. sein Vermögen in dessen dermaligen Zustand zurückerhalten soll, sobald die Cessionare für die Beträge

ihrer aufgegebenen Forderungen, sowie der von ihnen übernommenen Schulden befriedigt sein werden.

4. Die Cessionare haben nach bestem Vermögen diese Befriedigung sowohl durch den Betrieb des Parfümerie-Geschäfts, wie durch die Verwerthung und Verwendung des übrigen ihnen abgetretenen Vermögens zu suchen.

5. Die ihnen zu diesem Zweck übertragene Disposition über das cessionsweise erworbene R.'sche Vermögen geht indeß nicht soweit, daß sie befugt wären, das Parfümerie-Geschäft nebst Firma zu veräußern oder aufzulösen.

An diesem Resultat ändert nun zunächst der Umstand nichts, daß Herr R. dermalen noch im Handelsregister als Inhaber des W. R.'schen Parfümerie-Geschäfts eingetragen steht. Denn ist auch nach dem Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch Art. 25 eine Aenderung der Inhaber einer Firma beim Handelsgerichte zum Zweck des Eintrags in das Handelsregister anzumelden, und hat nach Art. 26 das. das Handelsgericht von Amtswegen die Betheiligten mittelst Ordnungsstrafen zur Befolgung dieser Vorschrift anzuhalten, so ist doch nach dem nämlichen Gesetzbuch, der Uebergang des Geschäfts nebst Firma durch Eintrag in das Handelsregister nicht bedingt (Art. 22), und der Umstand, daß der frühere Geschäftsinhaber in dieser Eigenschaft eingetragen geblieben, civilrechtlich nur im Verhältniß zu den Geschäftsgläubigern von Bedeutung.

Ebensowenig ändert aber an dem gewonnenen Ergebniß der weitere Umstand etwas, daß die Hauptgläubiger, an welche Herr R. sein Parfümeriegeschäft nebst übrigem Activ-Vermögen abgetreten hat, keine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs bilden. Denn es ist anerkannten Rechtens, daß ein Handelsetablissement nicht bloß einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft angehören kann, wie denn die mehreren Erben eines Kaufmanns dessen Geschäft fortbetreiben können, ohne daß sie sich zu diesem Zwecke zu einer offenen Handels-Gesellschaft einer Commandit- oder einer Actiengesellschaft constituiren müßten.

Wenn hiernach der wesentliche Inhalt und beziehungsweise Sinn des zwischen R. und dessen Hauptgläubigern unter'm 9. Januar 1863 abgeschlossenen Vertrags der oben bezeichnete ist, so wurde zum bessern Betriebe des Parfümerie-Geschäfts, durch dessen Exploitirung die Cessionare wesentlich die Beträge der von ihnen aufgegebenen Forderungen und übernommenen Schulden wieder einbringen sollten, in dem nämlichen Vertrage eine weitere Stipulation getroffen. Es sollte nämlich Herr R. dem abgetretenen Geschäfte als Director vorstehen, und demselben gegen einen mit dem Aufsichtsrath zu vereinbarenden und aus der Gemeinschaftskasse zu bezahlenden Gehalt alle seine Kräfte widmen.

Herr R. sollte diese seine geschäftliche Stellung nicht aufkündigen können, und auch der Aufsichtsrath in derselben nur aus gewichtigen Gründen eine Aenderung eintreten lassen. (Art. 4.)

War nun dieses weitere zwischen Herrn R. und dessen Hauptgläubigern begründete Rechtsverhältniß an sich keine nothwendige Folge der stattgehabten Cession, so stand es doch mit derselben nach der Absicht der Contrahenten im wesentlichen Zusammenhang. Die bezügliche Stipulation geschah wesentlich im Interesse beider Theile. Sie geschah im Interesse der Gläubiger, denen es daran gelegen sein mußte, den mit dem Geschäft vertrauten und bewährten Fabrikanten an der Spitze des Parfümerie-Geschäfts, durch dessen Betrieb sie vorzugsweise zu ihrem Gelde gelangen sollten, zu haben, — daher das Herrn R. vertragsmäßig entzogene Recht der Kündigung seiner geschäftlichen Stellung. — Diese geschäftliche Stellung lag aber auch im Interesse R.'s, und zwar nicht allein und nicht wesentlich wegen des ihm zu gewährenden Gehalts, dessen Betrag ja späterer Vereinbarung überlassen wurde, sondern wesentlich deßhalb, weil er dadurch den Betrieb des Geschäfts, obwohl unter der oberen Leitung des Aufsichtsraths, in Händen hatte, während von dem Erfolge dieses Betriebs die raschere Befriedigung der Gläubiger, und die baldige Wiedergewinnung des abgetretenen Etablissements nebst übrigen Vermögens abhing.

Auch war Herr R. durch seine geschäftliche Stellung in die Lage gesetzt, fortwährend vom Stande des Geschäfts und der Art und Weise, wie seine Schuldverhälnisse abgewickelt wurden, Kenntniß zu nehmen. Daher denn die vertragsmäßige Zusage des Aufsichtsraths eine Aenderung in jener Stellung nur aus gewichtigen Ursachen eintreten zu lassen.

§ 2.

I. Frage: Ob und inwiefern der Aufsichtsrath des Gläubiger-Consortiums den mit R. unterm 9. Jan. 1863 abgeschlossenen Vertrag aufheben kann?

Nachdem wir die im § 1 gegebene Grundlage gewonnen haben, macht die Begutachtung dieser I. Frage keinerlei Schwierigkeit. Verträge können nur aus besonderen Gründen aufgehoben werden, Gründe, die durch das Gesetz oder im Vertrag selbst vorgesehen sind. Daß Gründe der ersteren Art vorlägen oder von den Gläubigern behauptet würden, ist aus den mitgetheilten Actenstücken nicht ersichtlich. Das Nämliche gilt aber auch hinsichtlich der in Art. 13 des Vertrags vorgesehenen Aufhebungsgründe.

II. Frage: Ob und inwiefern der Aufsichtsrath Herrn R. aus dessen geschäftlicher Stellung entfernen kann?

Daß diese Frage mit der ersten nicht zusammenfällt, ergibt sich aus den in § 1 vorgeschickten Erörterungen. Denn ist es zwar klar, daß eine Aufhebung des Vertrags vom 9. Jan. 1863 von selbst eine Veränderung der Stellung des Herrn R. zum Geschäfte zur Folge haben müßte, so läßt sich dagegen die Entfernung R.'s aus der ihm anvertrauten Direction des Parfümerie-Geschäfts sehr wohl ohne eine Aufhebung der Rechtsverhältnisse denken, welche durch die Abtretung des Etablissements und der übrigen R'schen Activen begründet worden sind. Auch ist eine solche Entfernung durch den Vertrag vom 9. Jan. 1863 Art. 4 ausdrücklich als eine mögliche vorgesehen worden.

Wie nämlich Herr R. daselbst jeder Kündigung entsagte, wurde im Zusammenhang hiermit beigefügt:

„und auch der Aufsichtsrath wird in derselben (geschäft-
„lichen Stellung) eine Aenderung nur aus gewichtigen,
„übrigens seiner alleinigen Beurtheilung unterliegenden
„Gründen eintreten lassen."

Beim ersten Anblick könnten sich nun Zweifel darüber erheben, ob nicht in dieser Form dem Aufsichtsrathe das Recht willkührlicher Entfernung R.'s aus dessen geschäftlicher Stellung eingeräumt werden sollte, sodaß die Bezugnahme auf die gewichtigen Gründe nur als eine Demonstration ohne rechtsverbindliche Kraft zu betrachten, als eine Art bloß moralischer Garantie für R. anzusehen wäre.

Indessen erscheint bei näherer Erwägung eine solche Auslegung als durchaus unzulässig.

Betrachtet man nämlich zunächst die Worte besagter Stipulation:

„Herr R. entsagt seinerseits jeder Kündigung seiner
„geschäftlichen Stellung, und auch der Aufsichtsrath wird
„in derselben nur aus gewichtigen, übrigens seiner alleinigen
„Beurtheilung unterliegenden Gründen eine Aenderung
„eintreten lassen,"

so deutet schon die hier gebrauchte Fassung darauf hin, daß wie R. jeder Kündigung entsagte, so auch der Aufsichtsrath sich der Befugniß, jenen aus dessen Stellung zu entfernen, begeben wollte, allerdings nicht unbedingt, sondern abgesehen von dem Eintritt wichtiger Ursachen. Dafür spricht aber auch die oben (§ 1) dargelegte wesentliche Bedeutung, welche für R. die ihm vertragsmäßig eingeräumte geschäftliche Stellung hatte, so daß es im Zweifel nicht als dessen Absicht, und überhaupt nicht als die Intention der Contrahenten angesehen werden kann, die Beseitigung dieser Stellung lediglich in die Willkühr des Gläubigers zu legen.

Wie vielmehr R. nicht berechtigt sein sollte, seine volle Thätigkeit dem Parfümerie-Geschäft zu entziehen, so sollten die Creditoren auch nicht befugt sein, ihn ohne allen Grund und

sogar ohne wichtigen Grund dieser seiner Stellung zu entheben. Dies war die zweifellose Absicht der Parteien, wie sich dieselbe aus den Worten der Stipulation und den Vertragsumständen ergibt.

Bei dieser Sachlage kann es sich nur um die Bedeutung der Worte: „übrigens seiner (des Aufsichtsraths) alleinigen Beurtheilung unterliegenden Gründen“ handeln.

Wir glauben bereits dargethan zu haben, daß im Sinn der getroffenen Vereinbarung Herr R. nicht willkührlich, d. h. nicht ohne allen Grund aus seiner geschäftlichen Stellung durch den Aufsichtsrath sollte entfernt werden können. Verhält es sich so, so sollte der Aufsichtsrath ebensowenig berechtigt sein, ihn aus jeder beliebigen Ursache dieser Stellung zu entheben, also z. B. weil er eine Cigarre geraucht, oder Sonntag Nachmittag spazieren gegangen. Offenbar sollte eine solche Entfernung nur aus Gründen statthaft sein, die an sich d. h. ihrer Natur nach geeignet, einen Mann, der als Director einem Geschäft vorgesetzt und sogar nach außen Inhaber der Firma ist, aus dieser Stellung zu verdrängen, wie z. B. fahrlässige Geschäftsführung, Mißbrauch der Firma oder des Geschäftsfonds, Veruntreuungen u. s. w. Da jedoch solche Gründe, die an sich, d. h. bei vernünftiger geschäftlicher Behandlungsweise als geeignet erscheinen können, den Director eines Geschäfts aus dieser Stellung zu entfernen, sehr verschiedenartig sein, da sie mehr oder weniger ins Gewicht fallen können, so sollte Herr R. laut ausdrücklicher Stipulation nur aus gewichtigen Gründen aus seiner Stellung verdrängt werden können, während die Beurtheilung des Gewichts der Ursachen dem Aufsichtsrath allein zustehen sollte. Wie also, um dies durch eine Analogie zu erläutern, nach dem Allg. d. H.G.B. Art. 125 ein Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft verlangen kann, sofern hierzu wichtige Gründe vorhanden sind, die Beurtheilung aber, ob solche Gründe vorhanden, im Falle des Widerspruchs dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, sollte nach Maaßgabe der hier in Frage stehenden Uebereinkunft die Beurtheilung, ob wichtige Gründe zur

Enthebung R.'s von dessen Functionen gegeben, der richterlichen Cognition entzogen und lediglich dem Aufsichtsrath anheimgestellt sein. Immerhin setzt aber die Entlassung R.'s aus dem Parfümerie-Geschäft gewisse gegen ihn vorliegende Thatsachen voraus, Thatsachen, welche im Falle eines Widerspruchs vom Aufsichtsrath erwiesen werden müssen und die endlich so geartet sein müssen, daß eine auf deren Grund beabsichtigte Entlassung sich nicht als absurd oder mit a. W. als ein Act reiner Willkühr darstellt. Der Aufsichtsrath kann bei einer intendirten Entfernung R.'s aus dessen geschäftlicher Stellung mit größter Strenge verfahren, weil das Gewicht der Entlassungsgründe seiner alleinigen Beurtheilung überlassen ist. Allein Gründe, und geeignete Gründe muß er haben und geltend machen. Selbstverständlich kann übrigens R. im Fall seines Widerspruchs nur auf gerichtlichem Wege aus seiner geschäftlichen Stellung entfernt werden, und würde bei einer vom Aufsichtsrath angestellten Klage der richterlichen Cognition die Prüfung der zweifachen Frage zufallen, ob die gegen R. vorzubringenden und vorgebrachten Thatsachen der Wahrheit gemäß, und ob sie ferner sich nicht als solche darstellen, durch welche eine in der That willkührliche Entlassung zum Scheine begründet, und demnach ein vertragswidriges und doloses Verfahren der Gläubiger maskirt werden solle.

III. Frage: Sollte der Aufsichtsrath auf dem Wege gerichtlicher **Klage** die Entfernung des Herrn R. aus seiner geschäftlichen Stellung nachsuchen, so entsteht die weitere Frage, ob jener mit Aussicht auf Erfolg für die Dauer des Rechtsstreits provisorische Maaßnahmen gegen den Beklagten, wie insbesondere die Stellung des Parfümerie-Geschäfts unter eine anderweitige Direction beantragen könne?

Provisorische Maßregeln können allgemeinen Grundsätzen zufolge während der Dauer des Prozesses von einer Partei gegen die andere nur dann mit Grund beantragt und vom

Gericht verfügt werden, wenn vom Antragsteller eine ihn Seitens des Gegners bedrohende Gefahr bescheinigt ist.

(Renaud, Lehrb. des deutschen Civilprozeßr. S. 170).

Ein Antrag der Gläubiger R.'s auf Verfügung provisorischer Maßnahmen gegen denselben, wie insbesondere darauf, daß für die Dauer des Rechtsstreits das Parfümerie-Geschäft unter eine anderweitige Verwaltung gestellt werde, würde demnach nur unter der Voraussetzung Aussicht auf Erfolg haben, daß der Aufsichtsrath im Stande wäre, sofort eine die Gläubiger von Seiten R.'s hinsichtlich des Parfümerie-Geschäfts bedrohende Gefahr zu bescheinigen,

Renaud, Civilprozeßr. S. 241.

wie z. B. die Gefahr einer Veräußerung des Geschäfts, als dessen Inhaber R. dermalen noch im Handelsregister eingetragen ist, oder eines Mißbrauchs der Firma, einer Vernachlässigung des Betriebs, einer Verschleppung oder Beiseiteschaffung der zum Geschäfte gehörigen Fabrikate, Utensilien u. dergl.

IV. Frage. Sollte es aber dem Aufsichtsrath gelingen, Herrn R. aus dessen geschäftlicher Stellung zu entfernen, so würde hierdurch, wie schon gezeigt worden, das anderweitige durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 zwischen R. und dessen Hauptgläubigern begründete Rechtsverhältniß weder aufgehoben noch alterirt sein.

Es würde also immerhin die zum Vortheil R.'s stipulirte Resolutiv-Bedingung aufrecht bleiben; es würden nach wie vor die Cessionare verpflichtet sein, nach bestem Wissen und Gewissen sowohl durch den Betrieb des Parfümerie-Geschäfts, wie durch die Verwerthung und Verwendung des übrigen ihnen abgetretenen Vermögens die Beträge der von ihnen aufgegebenen Forderungen und übernommenen Schulden einzubringen, nur in dieser Weise das W. R.'sche Parfümerie-Geschäft an den Cedenten zurückfallen zu lassen; es würde den Gläubigern endlich nicht weniger die Veräußerung oder Auflösung dieses Etablissements untersagt sein. —

Entfernt von dem Geschäft müßte aber Herr R. zweifellos alle die zur Wahrung seiner Interessen nöthigen Rechte haben, und insbesondere befugt sein, die Mittheilung der jährlich per 31. December aufzunehmenden Bilanz (Vertrag Art. 9) zu fordern und deren Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere des Parfümerie-Geschäfts zu prüfen.

Zwar ist Herrn R. ein solches Recht nicht ausdrücklich durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 eingeräumt. Allein es erklärt sich dies daher, daß jener laut Vertrags an der Spitze des Geschäfts stehen sollte. Wie demnach das Stillschweigen des Vertrags nicht gegen jene Befugniß spricht, so ist dieselbe für den Fall, daß R. aus seiner geschäftlichen Stellung entfernt werden sollte, in der Natur der Sache wie in positiven Rechtssätzen begründet. Namentlich ist in letzterer Beziehung der Grundsatz maßgebend, wonach während des Schwebens einer Bedingung derjenige, zu dessen Vortheil der Eintritt der Bedingung in Aussicht steht, berechtigt ist, ex justa causa Sicherheitsbestellung für sein Interesse zu fordern.

l. 41 D. in jud. (5, 11).

l. 38 pr. D. pro socio (17, 2).

Kann nämlich pendente conditione derjenige, welchem der mögliche Eintritt der Bedingung gegebene Rechte eröffnet, zu deren Wahrung aus besonderen in das richterliche Ermessen gestellten Gründen Cautionsstellung verlangen,

Windscheid, Pand. § 89.

so würde zweifellos die Entfernung R.'s aus dem Geschäfte für denselben mindestens eine ausreichende Ursache begründen, von seinen Cessionaren Rechnungsablegung, auch Mittheilung der Bilanzen, Papiere und Bücher des Parfümerie-Geschäfts zu fordern.

Das Nämliche folgt aber aus der Natur der Sache. Denn es könnte R., welcher nach dem Vertrag vom 9. Januar 1863 das Recht hat, daß seine Hauptgläubiger das abgetretene Parfümerie-Geschäft nebst übrigem Vermögen bestmöglich zur Deckung

gewisser Schuldbeträge betreiben und beziehungsweise verwenden, und an den das cedirte Geschäft, nachdem dieser Zweck erreicht, zurückfallen soll, nicht zugemuthet werden, daß er ohne irgend einen Einblick in die Abwickelung der Verhältnisse seine Gläubiger ruhig gewähren lasse, und abwarte, ob und wann sie ihm das Geschäft mit dem übrigen cedirten Vermögen zurückerstatten.

Wie Herr R. sonach, sobald er aus seiner geschäftlichen Stellung entfernt, Anspruch auf Mittheilung der Bilanzen und auf Prüfung der Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere des Parfümerie-Geschäfts haben würde, so müßten ihm unter jener Voraussetzung je nach Lage der Dinge noch weiter gehende Rechte zur Wahrung seiner Interessen zugestanden werden, wie namentlich das Recht, von seinen Cessionaren Cautionsstellung ex justa causa zu verlangen, d. h. sobald er bescheinigt, daß durch deren Gebahren seine Interessen, oder mit a. W. die ihm durch den Eintritt der Resolutiv-Bedingung in Aussicht gestellten Rechte gefährdet seien.

V. Frage. Sollte aber Herr R. mit Tod abgehen, bevor das abgetretene Geschäft nebst übrigem Vermögen an ihn zurückgefallen, so würden die Rechte der R.'schen Erben ganz die nämlichen sein, wie die ihres von der Direction des Parfümerie-Geschäfts entfernten Erblassers.

Sie würden also die Mittheilung der Jahresbilanz verlangen, die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere des Parfümerie-Geschäfts und je nach Umständen von den Cessionaren Cautionsstellung verlangen können. Denn abgesehen von der geschäftlichen Stellung des Herrn R.'s sollen nach dessen Ableben dessen Erben nach Art. 11 des Vertrags ganz und gar in dessen Stelle gegenüber den Cessionaren eintreten. —

VI. Frage: Nach § 7 des Vertrags vom 9. Jan. 1863 ist der Aufsichtsrath berechtigt, Associe's in das Parfümerie-Geschäft aufzunehmen.

Kann er dieß auch gegen den Widerspruch R.'s thun?

Daß diese Frage zu bejahen, steht unseres Erachtens außer Zweifel, obwohl der im § 9 des Vertrags vom 9. Jan. 1863 stehende Passus:

„Dem Herrn W. R. steht ein Widerspruch gegen die „Anträge des Aufsichtsraths oder gegen die Beschlüsse „der Versammlungen der Betheiligten nicht zu."

nicht auf jene Befugniß Bezug hat.

Dessenungeachtet stehen wir nicht an, unser rechtliches Erachten dahin abzugeben, daß der Aufsichtsrath ohne den Willen und sogar gegen den Willen R.'s zur Annahme von Associe's berechtigt ist, — und daß der § 9 des Vertrags nicht bloß den Sinn hatte, dem Aufsichtsrath ein solches Recht gegenüber den das Consortium bildenden Gläubigern einzuräumen.

Denn einmal ist der Vertrag vom 9. Januar 1863 zwischen R. einer- und seinen Hauptgläubigern andrerseits abgeschlossen worden, und sind demnach die darin enthaltenen Dispositionen im Zweifel als mit Rücksicht auf sämmtliche Contrahenten getroffen zu betrachten.

Andrerseits sollte das Parfümerie-Geschäft den Hauptgläubigern R.'s einstweilen angehören, und wäre demnach zu einem Widerspruchsrecht des Cedenten gegen die Aufnahme von Associe's durch die Cessionare oder deren Aufsichtsrath in das ihnen angehörige Geschäft eine zweifellose Kundgebung, daß ein solcher in der Absicht der Contrahenten gelegen, erforderlich gewesen.

An einer solchen Kundgebung fehlt es aber überall. Ja es deutet die Fassung der bezüglichen Vertragsbestimmungen im Gegentheil darauf hin, daß die Aufnahme von Associe's ganz unabhängig von R. sollte Statt haben können.

„Der Aufsichtsrath, besagt Art. 7 des Vertrags, hat voll„kommen freie Hand in der Beschaffung der Mittel, welche nach „seiner Ansicht . . . zur Gewinnung eines Betriebsfonds behufs „Fortführung des Parfümerie-Geschäfts erforderlich sind.

„Er ist insbesondere befugt, zu diesem Zwecke Gelder bei „Dritten aufzunehmen . . . .

„Nicht minder ist der Aufsichtsrath namentlich auch dazu „berechtigt, Dritten Personen, welche ein angemessenes Capital „in das Geschäft einzuschießen vermögen, eine Geschäftsbetheiligung „zu gewähren, sowie die Form und die Bedingungen dieser Be„theiligung festzusetzen."

Nach Art. 10 des Vertrags soll Herr R., wenn das Parfümerie-Geschäft an ihn zurückfällt, in solche von dem Aufsichtsrath abgeschlossenen Associations-Verträge active und passive eintreten.

Läßt sich hiernach nicht bezweifeln, daß der Aufsichtsrath befugt ist, ohne und sogar wider den Willen R.'s Associé's in das Parfümerie-Geschäft aufzunehmen, so hat der Vertrag vom 9. Januar 1863 die Grenzen dieses Rechts theils ausdrücklich, theils implicite bestimmt.

Der Aufsichtsrath ist zur Abschließung von Associations-Verträgen nur berechtigt zur Gewinnung eines Betriebsfonds Behufs Fortführung des Parfümerie-Geschäfts; er ist nur befugt, Dritten Personen, welche ein angemessenes Capital in das Geschäft einzuschießen vermögen, eine Geschäfts-Betheiligung zu gewähren. —

Hieraus folgt, daß der Aufsichtsrath zur Aufnahme blos arbeitender Socii nicht für berechtigt zu erachten ist; daß jener auch nicht zur Abschließung eines Associationsvertrags berechtigt wäre, laut welchem der Associé zwar nichts wie seine Kräfte in das Geschäft einzubringen, wohl aber eine unter die Mitglieder des Consortiums zu vertheilende Summe zu bezahlen hätte. —

Abgesehen aber von diesen durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 der Befugniß des Aufsichtsraths zur Aufnahme von Associé's ausdrücklich gesetzten Schranken ist dieses Recht weiter durch den Zweck beschränkt, zu welchem das Parfümeriegeschäft Seitens Herrn R.'s an dessen Hauptgläubiger abgetreten worden ist. Dieser Zweck ist, wie bereits gezeigt, die Einbringung der Beträge der Forderungen, von welchen Herr R. durch die Cessionare liberirt worden ist, sowie der Schulden, welche diese

letzteren bei der Cession übernommen haben, damit der Cedent, nachdem dies geschehen, in Eigenthum und Besitz des Parfümeriegeschäfts und des sonstigen abgetretenen Vermögens, soweit letzteres noch vorhanden, wieder eintrete.

Daher braucht sich Herr R. keine Handlungen des Aufsichtsraths gefallen zu lassen, welche diesem Zweck zuwiderlaufen, und von vorn herein das ihm ausbedungene Recht des Rückfalls des Parfümeriegeschäfts an ihn und beziehungsweise seine Erben illusorisch machen. Daher braucht sich derselbe insbesondere auch keinen Associationsvertrag gefallen zu lassen, durch welchen eine nicht dazu qualificirte Person mit der Leitung des Parfümeriegeschäfts betraut würde. Der Aufsichtsrath würde, wenn er gegen diese Grundsätze verstieße, sich einer Vertragsverletzung, eines Bruchs der den Cessionaren bei Ausführung der Uebereinkunft vom 9. Januar 1863 obliegenden bona fides schuldig machen, und es wäre Herr R. nicht allein befugt, auf Abstellung solcher, seine Ansprüche beeinträchtigenden Verhältnisse klagbar zu werden, sondern auch die Mitglieder des Aufsichtsraths zur Verrechnung der Summen anzuhalten, um welche der Ertrag des Parfümeriegeschäft durch Mißleitung desselben vermindert worden.

Der Aufsichtsrath, sahen wir, ist unter den angedeuteten Beschränkungen berechtigt, ohne den Willen, ja sogar gegen den Willen R.'s Associationsverträge hinsichtlich des Parfümerie-Geschäfts abzuschließen. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, daß der mit K. unterm 12. Februar 1863 abgeschlossene Vertrag mit durch Herrn R. unterzeichnet ist.

Denn abgesehen davon, daß dieser Vertrag kein eigentlicher Gesellschaftsvertrag ist, daß er vielmehr die Anstellung K.'s als Prokuristen, sowie ein von diesem dem Geschäfte zu machendes verzinsliches Darlehen von fl. 50 000 zum Gegenstand hatte, würde der Umstand, daß einmal die Mitwirkung R.'s zur Vornahme einer Association zugelassen worden, an sich nicht zur Begründung der Annahme ausreichen, es sei R. das ihm durch den Vertrag vom 9. Januar 1863 entzogene Recht des Wider-

spruchs gegen die Aufnahme von Associés nunmehr eingeräumt worden.

Innerhalb jener Grenzen bedarf aber der Aufsichtsrath zur Abschließung von Associations-Verträgen auch nicht der Einwilligung der übrigen zum Consortium gehörigen Gläubiger, sowie er ebensowenig durch deren Widerspruch an der rechtsgültigen Eingehung solcher Gesellschaftsverträge gehindert ist. Denn wie derselbe nach Art. 6 des Vertrags vom 9. Januar 1863 seine Beschlüsse durch absolute Stimmenmehrheit faßt, so sind andererseits die einzelnen Gläubiger allen Anordnungen und Verfügungen des Aufsichtsraths unterworfen, sowie sie sich im Interesse aller Mitbetheiligten jeder Mitwirkung, Anordnung und Einsprachen bezüglich aller zur Ausführung des Vertrags erforderlichen oder wünschenswerthen Maßregeln begeben haben. Eine Modification dieser Bestimmungen ist aber nur insofern durch Art. 9 des Vertrags getroffen, als zum Zweck der Genehmigung der Jahresbilanz und zur Feststellung der Dividende die sämmtlichen Mitglieder des Consortiums zu einer durch einfache Majorität der Anwesenden beschließenden Versammlung zusammenberufen werden sollen, während im Uebrigen der Aufsichtsrath nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, außerordentliche Versammlungen der Hauptgläubiger zu berufen.

Haben aber die Gläubiger des Herrn R., welche als Mit-Cessionare der R.'schen Activa erscheinen, kein Widerspruchsrecht gegen die von dem Aufsichtsrath innerhalb der bezeichneten Grenzen abzuschließenden Associations-Verträge, so steht die Schwester des Cedenten in dieser Hinsicht in keiner anderen Stellung, da sie als Mitglied des Consortiums sich, wie die anderen Hauptgläubiger, den Beschlüssen des Aufsichtsraths unterworfen hat.

VII. Frage. Kann der Aufsichtsrath Einsprache erheben, daß R. seinen Neffen, der früher schon Jahre lang bei ihm im Geschäfte gewesen, mit einem gewöhnlichen Gehalt als Commis wieder in das Geschäft aufnimmt?

Herr R., welcher als Direktor unmittelbar dem Geschäfte vorsteht, das Recht der Zeichnung der Firma und der Ertheilung von Handlungs-Prokuren hat, ist zweifellos berechtigt, seinen Neffen wie eine andere Person als Commis mit einem gewöhnlichen Gehalt im Parfümeriegeschäft anzustellen, sofern er dabei mit aller Sorgfalt verfährt, und zwar sowohl hinsichtlich der Auswahl des Individuums, wie auch der Beurtheilung der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Anstellung eines Commis.

Steht nun allerdings dem Aufsichtsrath nach Art. 4 des Vertrags die obere Leitung des Parfümeriegeschäfts zu und übt er alle Rechte des Geschäftsinhabers auch gegenüber Herrn R. aus, so kann er dessenungeachtet Letzterem, so lange derselbe in seiner geschäftlichen Stellung verbleibt, nicht die Haltung des zum gehörigen Betrieb des Parfümerie-Geschäfts nöthigen Personals untersagen; ebensowenig dürfte jener aber berechtigt sein, gegen die Anstellung gegebenen Individuums oder deren Belassung im Dienste ohne Grund Einsprache zu erheben, da ein solches Verfahren dem gedeihlichen Betrieb des Geschäfts, bei welchem auch R. interessirt ist, hemmend entgegentreten würde. —

Gutachten B.

Herr W. R. hat im Jahre 1855, beziehungsweise am 7. Mai 1857 mit Herrn J. einen Vertrag abgeschlossen, durch welchen (§ 5) Letzterer bei Gelegenheit seiner durch besagte Uebereinkunft erfolgten Aufnahme als Angestellter im R.'schen Parfümerie-Geschäft sich verpflichtete, im Falle seines Ausscheidens aus diesem Geschäfte, solche möge stattfinden, zu welcher immer möglichen Zeit oder aus welcher immer möglichen Ursache, kein dem R.'schen ähnliches oder gleiches Fabrik- oder Handelsgeschäft für eigene oder fremde Rechnung zu betreiben oder betreiben zu helfen oder betreiben zu lassen, oder sich bei einem solchen in irgend einer Weise zu betheiligen, noch in ein solches in irgend einer Eigenschaft einzutreten, und

zwar bei Vermeidung einer Conventionalstrafe von fl. 1000 für jeden einzelnen Fall, sowie unter Verpflichtung zum Ersatze des Schadens aus dem Vertragsbruche. Nachdem R. durch Verträge vom 11. November 1862 und 9. Januar 1863 sein gesammtes Activ-Vermögen, und insbesondere auch sein Parfümerie-Geschäft auf einige seiner Hauptgläubiger übertragen hatte, wurde zwischen dem das Gläubiger-Consortium vertretenden Aufsichtsrathe und dem Procuristen des Parfümerie-Geschäfts J. ein anderer Vertrag abgeschlossen, durch welchen unter anderen Verabredungen Herr J. jener obengedachten gegenüber Herrn R. eingegangenen Verpflichtung entbunden wurde.

I. Hierdurch wird nun die an uns gerichtete Frage veranlaßt, ob die letztgenannte Uebereinkunft Herrn R. entgegengesetzt werden kann, — eine Frage welche unter der Voraussetzung von praktischer Bedeutung wird, daß jener in das seinen Namen führende Parfümerie-Geschäft als selbstständiger Herr wieder eintreten sollte, wie dies für gewisse Eventualitäten im Vertrage vom 9. Januar 1863 vorgesehen worden ist.

Der Aufsichtsrath des R.'schen Gläubiger-Consortiums war nicht befugt, J. von der Verpflichtung zu entbinden, welche derselbe Herrn R. gegenüber übernommen hatte, im Falle seines Austritts aus dem R.'schen Geschäfte sich in keiner Weise bei einem gleichen oder ähnlichen Geschäfte zu betheiligen.

Zwar vertritt der Aufsichtsrath das R.'sche Gläubiger-Consortium, an welches Herr R. durch Vertrag vom 9. Januar 1863 sein Parfümerie-Geschäft nebst Firma, sowie sein gesammtes sonstiges Activ-Vermögen abgetreten hat, allein es bildete das vertragsmäßige Recht des Herrn R., von J. zu verlangen, daß derselbe im Falle seines Ausscheidens aus dem Geschäfte sich in keiner Weise bei einem gleichen oder ähnlichen Geschäfte betheilige, kein selbständiges Vermögensrecht des Erstgenannten, sondern eine Befugniß, die mit dem Parfümerie-Geschäft in der engsten Verbindung stand.

Wie demnach das Parfümerie-Geschäft den Hauptgläubigern R.'s nur zum Zweck des Betriebs übergeben war, den-

selben, wie in dem Gutachten A näher dargelegt ist, das Recht nicht zustand, jenes Geschäft zu veräußern oder aufzulösen, so war das Gläubiger-Consortium auch nicht berechtigt, Befugnisse aufzugeben, welche mit dem Parfümerie-Geschäft eng verbunden waren, die dasselbe gegen eine möglicher Weise höchst nachtheilige Concurrenz schützen sollten.

Sollte man aber auch von einer anderen Auffassung ausgehen, und das Herrn R. gegen J. aus dem Vertrag vom 7. Mai 1857 zustehende Recht als ein selbstständiges Vermögensrecht betrachten, so war den Hauptgläubigern des Herrn R. auch über das anderweitige an sie abgegebene Vermögen, d. h. die R.'schen Actien mit Ausschluß des Parfümerie-Geschäfts ein nur beschränktes Dispositionsrecht eingeräumt. Die Vermögens-Abtretung, welche Herr R. an seine Gläubiger vorgenommen, war gegen dessen Liberirung von dem an die Cessionare Geschuldeten, sowie gegen die Uebernahme der anderweitigen Passiva des Cedenten durch die im Consortium vereinigten Gläubiger geschehen. Die an diese Gläubiger über das abgetretene Vermögen eingeräumte Disposition war eine beschränkte. Sie sollten durch den Betrieb des Parfümerie-Geschäfts und die Verwerthung und Verwendung der übrigen an sie cedirten Activa sich für die Beträge ihrer Forderungen an den Cedenten decken, und die von ihnen übernommenen anderweitigen Passiva R.'s bezahlen, um sobald wie möglich das R.'sche Geschäft, nachdem es von den darauf lastenden Obliegenheiten befreit, an Herrn R. zurückfallen zu lassen. Folgeweise war das Gläubiger-Consortium und beziehungsweise der dasselbe vertretende Aufsichtsrath nicht befugt, Rechte des Herrn R. zu vergeben, ohne Verwerthung oder Verwendung derselben zu dem obengedachten Zwecke, wie dies durch die Entbindung J.'s von dem vertragsmäßig statuirten Concurrenzverbote geschehen. Zu diesen Betrachtungen kommt aber noch eine andere Rücksicht:

Die Abtretung der Activa des Herrn R. an dessen Hauptgläubiger hat unter einer Resolutiv-Bedingung stattgefunden. Das Verhältniß aus dem Vertrag vom 9. Januar 1863 soll

aufgelöst sein, sobald durch den Betrieb des Parfümerie-Geschäfts und der Verwerthung und Verwendung des übrigen abgetretenen Vermögens die Beträge eingebracht werden, welche der Cedent an die Cessionare schuldete, so wie an Dritte zu bezahlen hatte. Unter dieser Voraussetzung soll Herr R. jedenfalls das seinen Namen führende Parfümerie-Geschäft, das übrige abgetretene Vermögen aber in dessen dermaligen Zustande wieder erhalten. Somit war das Gläubiger-Consortium keinenfalls befugt, das mit dem Parfümerie-Geschäft verbundene Recht, wonach J. demselben nach seinem Ausscheiden keinerlei Concurrenz sollte machen dürfen, für die Zeit zu vergeben, wo das Geschäft an Herrn R. zurückgefallen sein würde. Herr R. ist also an die von seinen Gläubigern mit J. getroffene desfallsige Vereinbarung von dem Augenblick an nicht gebunden, wo er wieder Herr des Parfümerie-Geschäfts sein wird.

Dieses Ergebniß ist jedoch gegen eine zweifache mögliche Einwendung noch in Schutz zu nehmen. Man könnte einmal so argumentiren: Das Gläubiger-Consortium ist dermalen noch Herr des Parfümerie-Geschäfts und war es jedenfalls zur Zeit, wo es mit J. die gedachte Uebereinkunft abschloß. Wie aber der Herr eines Handelsetablissements einen Prokuristen annehmen und mit demselben beliebige Uebereinkünfte abschließen, so z. B. vereinbaren kann, daß der Prokurist bei seinem Austritt aus dem Geschäft diesem keinerlei Conkurrenz machen dürfe, so kann er auch denselben einer übernommenen dermaligen Verpflichtung entbinden. Indessen gelten diese Sätze nur bei demjenigen, welcher unbeschränkter Herr des Geschäfts ist. Ist dagegen Jemand ein Handelsetablissement zum Zweck des Betriebs abgetreten worden, und zwar in der Art, daß durch diesen Betrieb gegebene Schulden gedeckt und daß nach deren Deckung das Geschäft an den Cedenten zurückfallen soll, so können Rechte des Etablissements nicht für die Zeit des Rückfalls desselben an denjenigen, welcher es abgetreten hatte, in einer für letzteren wirksamen Weise aufgegeben werden, und ist dies insbesondere dann nicht thunlich,

wenn ein solches Aufgeben nicht mit Nothwendigkeit durch den Geschäftsbetrieb mit sich gebracht wurde.

Noch ein anderer Einwand möchte hier denkbarer Weise erhoben werden. Man könnte sagen, daß, wenn auch der Aufsichtsrath durch die Entbindung J.'s von der ihm vertragsmäßig auferlegten Concurrenz-Enthaltung seine Befugnisse überschritten habe, J. deßungeachtet liberirt sei und nunmehr freie Hand habe, während Herr R. sich nur wegen Ersatz des Schadens an die Mitglieder des Aufsichtsraths halten könne. So verpflichtet der Prokurist den Prinzipal, auch wenn er unter Ueberschreitung seiner Vollmachten gehandelt, wenn nur die Handlung eine solche war, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (Allg. d. H. Art. 42, 43), so verpflichtet ein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigter Gesellschafter den Gesellschaftsfonds und die Mitgesellschafter durch die Geschäfte, die er unbefugt abgeschlossen, welcher Art auch das Geschäft sein mochte. (Allg. d. H. Art. 114, 115 und 116). Allein es finden diese Sätze hier keine Anwendung, weil der Aufsichtsrath, welcher mit J. contrahirte, weder Prokurist des Herrn R. war, noch mit ihm in einer Handelsgesellschaft stand. Vielmehr vertrat der Aufsichtsrath das Gläubiger-Consortium, während es sich hier nicht darum handelt, inwiefern die Mitglieder dieses Consortiums durch ihren Repräsentanten verpflichtet worden sind, sondern vielmehr darum, inwieweit eine dritte Person, Herr R., durch die Geschäfte seiner Gläubiger oder ihrer Vertreter gebunden werden konnte.

II. Klagt nun Herr R., nachdem er das seinen Namen tragende Parfümerie-Geschäft wieder als Eigenthümer übernommen haben wird, gegen J. wegen der von diesem vertragswidrig dem Geschäft gemachten Concurrenz, und wird Letzterer jenem zur Bezahlung der stipulirten Conventionalstrafe und zum Ersatz des stipulirten Schadens verurtheilt, so liegt die Möglichkeit vor, daß nunmehr J. die Mitglieder des Aufsichtsraths mit einer Regreßklage in Anspruch nimmt.

Ob eine solche Klage auf Erfolg Aussicht haben würde, vermögen wir um so weniger mit Sicherheit zu sagen, als uns die Uebereinkunft zwischen dem Aufsichtsrathe und J. nicht vorgelegt ist. Möglich wäre ein Durchdringen J.'s mit dessen Regreßanspruch, wenn man in dem von ihm mit dem Aufsichtsrath geschlossenen Vertrage die Absicht des Letzteren finden sollte, dem ausgeschiedenen Prokuristen dafür einstehen zu wollen, daß Herr R., nachdem er das Parfümeriegeschäft wieder eigenthümlich übernommen, auf dem ihm durch § 5 des Vertrags vom 7. Mai 1857 eingeräumten Rechte nicht bestehen werde.

III. Für eine solche Eventualität, daß also J. Herrn R. zu einer Conventionalstrafe und Schadensersatz wegen unstatthafter Concurrenz verurtheilt, andererseits der Aufsichtsrath wie das Gläubiger-Consortium von J. in Anspruch genommen, diesem wieder zu Schadensersatz condemnirt sein sollte, ist die anderweitige Frage an uns gerichtet worden, ob die Mitglieder des Gläubiger-Consortiums nicht ihren Rückgriff wieder gegen Herrn R. nehmen könnten, nämlich auf Grund des § 11 der Uebereinkunft, welche zwischen Herrn R. und den Cessionaren seines Vermögens abgeschlossen werden soll, — den wirklichen Abschluß derselben vorausgesetzt. —

Der gedachte Vertrag, durch welchen die bisherigen Vereinbarungen zwischen Herrn R. und dessen Hauptgläubigern aufgehoben werden, und jener wieder in sein abgetretenes Vermögen und insbesondere in das Parfümerie-Geschäft sammt Firma als selbstständiger Herr eintritt, erklärt die R.'schen Gläubiger für befreit und entlastet von allen Passiva der Handlung, und bestimmt, daß dieselben von Herrn R. vollständig schadlos zu halten, falls sie oder einer von ihnen wegen Forderungen an die Handlung W. R. jemals in Anspruch genommen werden sollten.

Für die Beantwortung der obengedachten Frage kommt es nun darauf an, ob ein Regreß-Anspruch J.'s gegen das Gläubiger-Consortium aus der durch den Aufsichtsrath vereinbarten Nachlassung des Concurrenzverbots als eine Forderung an die Handlung W. R.'s zu betrachten

ist, **oder nicht**. Wir meinen, daß dies zu verneinen sein dürfte, weil ein Regreß-Anspruch J.'s gegen das Gläubiger-Consortium und beziehungsweise den Aufsichtsrath nur darauf zu gründen sein möchte, daß Letztere die Garantie dafür übernommen, es werde Herr R. bei Rückerwerbung des Parfümerie-Geschäfts die Entbindung des ausgetretenen Prokuristen von dem vertragsmäßigen Concurrenzverbot anerkennen, während eine solche Garantie-Uebernahme selbstverständlich nicht von der R.'schen Handlung ausgehen konnte.

Immerhin dürfte jedoch die entgegengesetzte Ansicht auf Grund davon geltend gemacht werden, daß das Gläubiger-Consortium, indem es mit dem Prokuristen des R.'schen Parfümerie-Geschäfts eine auf dieses Geschäft bezügliche Vereinbarung traf, **im Namen der R.'schen Handlung** contrahirte, und daß demnach die Regreß-Ansprüche J.'s eine Forderung an die R.'sche Handlung begründeten.

Wir sind demnach der Ansicht, daß, wenn Herr R. gegen J. wegen Verletzung der von diesem durch § 5 des Vertrags vom 7. Mai 1857 übernommenen Verbindlichkeit eine Verurtheilung erlangen sollte, er Seitens der im früheren Gläubiger-Consortium vereinigten Creditoren einer Regreßklage ausgesetzt wäre, die möglicherweise Aussicht auf Erfolg haben könnte.

Kaufgeschäft und Patentrecht,

insbesondere Anfechtung des Kaufvertrags wegen mangelnder dicta und promissa und wegen dolus des Verkäufers.

I. Die eigenthümliche Ueberlassung einer patentirten Erfindung sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten auf solche, überhaupt mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung Seitens des bisherigen Eigenthümers an einen

Anderen gegen Bezahlung eines Preises in Geld stellt sich als ein Kaufgeschäft dar.

II. Gegenstand der vom Verkäufer übernommenen Vertragsverbindlichkeit ist sonach die Ueberlassung von sog. industriellem Eigenthum sammt allen daraus erwachsenen und noch herzuleitenden Rechten und Nutzungen. Es muß sonach vom Verkäufer die eigenthümliche, also ausschließliche Ueberlassung einer Erfindung, d. h. eines neuen Mittels zur Befriedigung oder besseren Befriedigung eines gegebenen materiellen Lebensbedürfnisses, und zwar einer patentirten Erfindung mit allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insbesondere dem Patentrechte, also jedenfalls eine patentfähige oder eine eines rechtlichen Schutzes fähige Erfindung geleistet werden.

III. Wenn sich der Verkäufer sodann vertragsmäßig weiter verpflichtete, innerhalb einer bestimmten Anzahl von Jahren in keiner Weise irgend einen Gebrauch von der verkauften Erfindung zu machen, auch überhaupt innerhalb der gesetzten Frist in keiner Weise direkt oder indirekt in geschäftlichen Verkehr mit Consumenten seiner patentirten Erfindung zu treten, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe im Falle des Zuwiderhandelns, und endlich weiter stipulirt ist, daß der Verkäufer sich verpflichte, alle weiteren, die in Rede stehende Erfindung betreffenden Erfahrungen dem Käufer jederzeit mitzutheilen, so sind dies nicht besondere mit dem Verkaufe nicht zusammenhängende Leistungen, wodurch neben dem Kaufkontrakt ein Innominat-Contract abgeschlossen ist, durch welchen der Verkäufer gleichzeitig mit dem Verkauf obligationes faciendi und von faciendi eingegangen, sondern es sind die fraglichen vertragsmäßigen Leistungen Theile des Kaufgeschäfts selbst. —

VI. Es ist auch für den Begriff des Kaufgeschäfts als solches rechtlich unerheblich, wenn das Geschäft von Seiten des Käufers nicht sowohl um von der patentirten Er-

findung Gebrauch zu machen, sondern lediglich zu dem Zweck abgeschlossen ist, um die Concurrenz des Verkäufers zu beseitigen, ebenso ist es für die Beurtheilung des Geschäfts als Kaufvertrag ohne Erheblichkeit, wenn der Käufer demnächst die vom Verkäufer erworbenen Patente verfallen ließ.

V. Der Käufer kann das Geschäft mit Rechtswirkung um deßwillen anfechten, weil die ihm durch dasselbe verkaufte Erfindung die zugesagte Eigenschaft der Neuheit und beziehungsweise Patentfähigkeit nicht gehabt hat, und zwar steht dem Käufer wegen des Mangels einer zugesagten Eigenschaft des Kaufobjekts (eines dictum et promissum) nach Civilrecht die actio emti auf sein volles Interesse zu; wenn das Interesse darin besteht, daß der Verkäufer die Sache gegen Erstattung des Preises zurücknimmt, kann der Käufer mit der Contractsklage die Rescission des Vertrags herbeiführen. Der Käufer kann aber auch in Gemäßheit des ädilicischen Edicts die redhibitorische Klage auf Erstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Sache anstellen.

VI. Der Käufer kann den Vertrag auch um deßwillen beanstanden, weil ihm durch denselben das ausschließliche Recht auf die verkaufte Erfindung hat übertragen werden sollen, ein solches Recht aber nicht übertragen worden ist, denn es mangelte auch in dieser Beziehung der verkauften Erfindung eine vertragsmäßig zugesagte Eigenschaft, die nämlich, daß sie sich als Gegenstand eines ausschließlichen Rechts qualificirte.

VII. Ueber die Grundsätze der Anfechtung eines Kaufvertrags wegen dolus des Verkäufers, namentlich bei der wissentlichen Verschweigung von Mängeln des Kaufobjects Seitens des Verkäufers, bei deren Offenbarung das Geschäft nicht abgeschlossen sein würde.

VIII. Der Anspruch auf Rescission resp. Redhibition ist dadurch nicht elidirt, daß die Patente oder einzelne derselben verfallen sind. Gleichgültig ist in dieser Hinsicht, ob die

Patente ohne die Schuld des Käufers oder durch dessen Schuld verfallen sind, da der von diesem verschuldete Untergang des gekauften Objekts im Falle der Redhibition beziehungsweise Rescission des Kaufgeschäfts nur einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers begründet.

IX Hat aber der Käufer die Patente um deßwillen verfallen lassen, weil er das damit erkaufte Verbietungsrecht wegen Mangels der Neuheit und Eigenthümlichkeit der Erfindung als hinfällig vermuthete, und hat sich diese seine Vermuthung von der Patentunfähigkeit gedachter Erfindung als richtig erwiesen, so kann ihn um deßwillen, weil er weitere Kosten zur Aufrechterhaltung an sich nichtiger Rechte nicht machte, ein Vorwurf nicht treffen.

Rechtliches Gutachten

in Sachen des Kaufmanns F. K. in Frankfurt a. M. Klägers und Widerbeklagten wider den Kaufmann F. B. daselbst Beklagten und Widerkläger, Forderung betreffend.

Durch den Anwalt des Herrn Verklagten um ein rechtliches Gutachten über die Frage angegangen, ob das in vorbenannter Sache unter'm 23. März 1870 beim Appellationsgerichte in F. gefällte Urtheil für gerechtfertigt zu erachten, und demnach gegründete Aussicht einer Bestätigung desselben durch das K. Obertribunal in Berlin vorhanden sei, haben wir aus den Handacten des Beklagte'schen Anwalts, welche uns nebst einem Rechtsgutachten, das Herr Ober-Appellations-Gerichts-Rath und Prof. Dr. Endemann auf Ansuchen des Klägers erstattet, mitgetheilt worden, Folgendes entnommen:

§ 1.

Das thatsächliche Verhältniß.

Durch einen unter den gegenwärtigen Parteien d. d. Frankfurt 4. Januar 1866 abgeschlossenen Vertrag ver-

kaufte Herr K. unter eigenthümlicher Ueberlassung und Uebertragung derselben die ihm patentirte Erfindung eines Gasbrenners mit verschiebbarem Mantel, sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten, überhaupt mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung an Herrn J. B. (Vertr. § 1). Der auf fl. 60,000 süddeutscher Währung vereinbarte Kaufpreis sollte in vierteljährlichen Raten von je fl. 5000 abbezahlt werden (Vertr. § 2). Hierbei verpflichtete sich der Verkäufer bei einer Conventionalstrafe von fl. 250,000, innerhalb 25 Jahren in keiner Weise irgend einen Gebrauch von der hier verkauften Erfindung zu machen, insbesondere die fraglichen Brenner weder anfertigen zu lassen, noch irgendwie in Verkehr zu setzen, auch überhaupt innerhalb der gesetzten Frist in keiner Weise direct oder indirect in geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten (§ 3).

Dies der wesentliche Inhalt des Vertrags, dessen anderweitige hiermit im Zusammenhange stehende Stipulationen späterer Aufführung vorbehalten bleiben.

In Ausführung des Vertrags wurden denn von Herrn K. Herrn Br. eine Reihe von Patenten, welche jener auf die von ihm gemachte und nunmehr käuflich überlassene Erfindung bereits erlangt hatte, nämlich ein Nordamerikanisches, Belgisches, Frankfurtisches, Holländisches, Englisches und Französisches übergeben, während Seitens des Käufers, Herrn Br., bei Verfall die 5 ersten Raten des Kaufpreises, in der Gesammtsumme von fl. 30,000, einbezahlt wurden.

Da Letzterer jedoch inzwischen zur Kenntniß von Thatsachen gelangt war, welche seine Ueberzeugung von der Unverbindlichkeit des mit Herrn K. abgeschlossenen Geschäftes begründeten, ließ er unter'm 4. Juli 1867 seinem Verkäufer notariell die Anzeige zustellen, daß er die unter demselben Datum fällige Ratenzahlung von fl. 5000, sowie überhaupt weitere Zahlungen aus dem betreffenden Geschäfte nicht leisten werde.

Herr K. wurde hierauf gegen Herrn Br. klagbar, indem er mittelst einer unter'm 1. August 1867 beim Stadtgerichte in

Frankfurt eingereichten Klage verlangte, daß Verklagter zur Zahlung der am 1. Juli verfallenen Rate von fl. 5000, sowie zur Entrichtung der demnächst weiter fällig werdenden Raten nebst Verzugszinsen verurtheilt werde.

Diesem Klagesuchen trat der Verklagte entgegen, indem er aus verschiedenen später zu erwägenden Gründen die Ungültigkeit, resp. Unverbindlichkeit des Vertrags vom 4. Januar 1866 geltend machte, und mittelst gleichzeitig erhobener Widerklage die Verurtheilung des Klägers und Widerbeklagten zum Ersatze der aus jenem Geschäfte bereits bezahlten fl. 30,000 beantragte. Durch das beim Appellationsgerichte in Frankfurt in zweiter Instanz unter'm 23. März 1870 ergangene Urtheil ist Kläger und Widerbeklagter mit seiner Klage abgewiesen, und dem Antrage der Widerklage gemäß verurtheilt worden.

Dieses Urtheil, gegen welches von Seiten des Klägers und Widerbeklagten die Oberappellation ergriffen worden, ist es, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit von uns rechtlich zu begutachten ist.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Vertrages vom 4. Januar 1866.

Zur Gewinnung einer festen Grundlage für die vorzunehmende rechtliche Beurtheilung ist die Prüfung der juristischen Natur des Vertrags nöthig, welcher die Veranlassung des vorbezeichneten Rechtsstreits bildet: eine Untersuchung, welche um so weniger umgangen zu werden vermag, als die Auffassung der Parteien schon hier auseinander geht und als das Rechtsgutachten, welches Seitens des Herrn Klägers eingeholt worden ist, nach ausführlicher Erörterung des Characters des in Frage stehenden Geschäfts zu Ergebnissen gelangt ist, die als unhaltbar bezeichnet werden müssen.

Beim ersten Anblick kann es nun nicht zweifelhaft sein, daß der Vertrag vom 4. Januar 1866 ein Kaufgeschäft enthält. Nicht allein erklärt der eine Contrahent, Herr F.

K., er verkaufe und habe an Herrn Julius Brönner verkauft (Vertr. § 1), — wird ferner ein Kaufpreis von — — vereinbart (Vertr. § 2), und ist von der hier verkauften Erfindung die Rede (Vertr. § 3), sondern es vereinigt das Geschäft die wesentlichen Merkmale eines Kaufcontracts, indem sich der eine Contrahent durch dasselbe zu einer Sachleistung an den Andern, dieser zur Bezahlung eines Preises in Geld an jenen verbindlich gemacht hat.

Die Sachleistung insbesondere, zu welcher Herr K. Herrn Br. gegenüber sich verpflichtet, ist die eigenthümliche Ueberlassung der ihm patentirten Erfindung eines Gasbrenners mit verschiebbarem Mantel, sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten auf solche, überhaupt mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung. Gegenstand der von Herrn K. übernommenen Vertragsverbindlichkeit war sonach nicht, wie dies allerdings möglich gewesen wäre, die bloße Mittheilung einer auf die Construction von Gasbrennern bezüglichen Erfindung, und die Gestattung, von solcher Erfindung Gebrauch zu machen; es war derselbe auch nicht blos die Uebertragung von Patenten. Vielmehr war der Vertrag auf die Ueberlassung von sog. industriellem Eigenthum sammt allen daraus erwachsenen und noch herzuleitenden Rechten und Nutzungen gerichtet. Herr K. versprach die eigenthümliche, also ausschließliche Ueberlassung einer Erfindung, d. h. eines neuen Mittels zur Befriedigung oder bessern Befriedigung eines gegebenen materiellen Lebensbedürfnisses; er versprach eine patentirte Erfindung, mit allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insbesondere dem Patentrechte, also jedenfalls eine patentfähige oder — mit andern Worten — eine eines rechtlichen Schutzes fähige Erfindung, — dies Alles um einen Kaufpreis von fl. 60,000.

Freilich war hiermit der Inhalt des Vertrags vom 4. Januar 1866 nicht erschöpft.

Herr K. verpflichtete sich zunächst weiter, innerhalb 25 Jahren vom Datum des Vertrags an, in keiner Weise irgend einen Gebrauch von der verkauften Erfindung zu machen, insbesondere die fraglichen Brenner weder anfertigen zu lassen, noch irgendwie in Verkehr zu setzen; auch überhaupt innerhalb der gesetzten Frist in keiner Weise direct oder indirect in geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten; dies Alles bei einer Conventionalstrafe von fl. 250,000 für den Fall eines Zuwiderhandelns.

Daß Herr K. nun, nachdem er seinem Mitcontrahenten die patentirte Erfindung eigenthümlich überlassen, nicht weiter befugt sein sollte, von derselben irgend einen Gebrauch zu machen, verstand sich von selbst. Nur zu dem doppelten Zwecke, einmal die Erfüllung dieser Verpflichtung durch Stipulation einer Conventionalstrafe zu sichern, andererseits deren Dauer unabhängig von erwirkten und noch zu erwirkenden Patenten festzustellen, war eine besondere Hervorhebung derselben nöthig. War sonach die von Herrn K. hier übernommene Verpflichtung in Wirklichkeit nur eine Consequenz des von ihm vorgenommenen Verkaufes, so schloß sich an dieselbe unmittelbar die weiter eingegangene Verbindlichkeit an, überhaupt innerhalb der gesetzten Frist in keiner Weise direct oder indirect in geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten.

Daß auch diese letztere Leistung eines jeden selbstständigen Characters entbehrte, daß deren Uebernahme lediglich Folge des Verkaufs der patentirten Erfindung des dermaligen Klägers war, ergibt sich aus inneren und äußeren Gründen. Die Verbindlichkeit, in keiner Weise in geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten, wurde vom Verkäufer für die nämliche Zeit übernommen, für welche er sich verpflichtete, keinen Gebrauch von der verkauften Erfindung zu machen, und die Erfüllung beider Verpflichtungen durch die nämliche Conventionalstrafe gesichert. Andererseits lag es in der Natur der Sache, daß der Käufer sich gegen die Möglichkeit sicher zu stellen suchte, daß der Verkäufer eine wirkliche oder angebliche Verbesserung der

von ihm verkauften Erfindung verwerthe und dadurch das verkaufte Object entwerthe.

Hiermit hing denn unmittelbar die weitere Stipulation (§ 4 des Vertr.) zusammen, durch welche Herr K. sich verpflichtete, alle weiteren die in Rede stehende Erfindung betreffenden Erfahrungen Herrn Jul. Br. und resp. dessen Rechtsnachfolgern jederzeit mitzutheilen.

Hiernach läßt sich die Absicht des Vertrags vom 4. Januar 1866 folgendermaßen zusammenfassen: Herr K. verkaufte an Herrn Br. das ausschließliche Recht auf eine näher bezeichnete patentirte Erfindung; er verkaufte die Erfindung, wie der Vertrag § 1 ausdrücklich besagt, mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung. Wie also selbstverständlich der Verkäufer sich hiermit des Rechts begab, von der verkauften Erfindung irgend einen Gebrauch zu machen, so sollte er, da auch die Folgerungen der Erfindung mitverkauft waren, ebensowenig befugt sein, etwaige Verbesserungen dieser letzteren zu verwerthen, vielmehr die Verpflichtung haben, solche, die er etwa in Erfahrung brachte, dem Käufer mitzutheilen.

Wenn endlich der Verkäufer durch § 4 des Vertrags sich verpflichtete, dem Käufer alle in Beziehung auf die verkaufte Erfindung noch einlaufenden Bestellungen, Briefe und Anfragen aller Art sofort anzugeben und resp. auszuhändigen, so wurde auch hier nur dasjenige in die Form einer ausdrücklichen Erklärung gebracht, was in dem Verkaufe des ausschließlichen Rechts auf die patentirte Erfindung sammt allen Nutzungen lag; es sollte der Käufer allein berechtigt sein, Bestellungen auf Gasbrenner nach der vom Verkäufer erfundenen Construction zu effectuiren, und letzterer daher, was in der Natur der Sache lag, und auch die bona fides, ganz abgesehen von besonderer Stipulation, erforderte, jenem die betreffenden Bestellungen und Anfragen mittheilen.

Daß hiernach der Vertrag vom 4. Januar 1866 ein reines Kaufgeschäft ist, daß derselbe demgemäß nicht als Combination eines Kaufvertrags mit einem Innominat-Contracte, durch welchen der Verkäufer gleichzeitig mit dem Verkaufe obligationes faciendi

und non faciendi eingegangen, aufgefaßt werden darf, vermag nach dem Vorstehenden keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen. Daß insbesondere die von Herrn K. übernommene Verpflichtung, in keiner Weise in geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten, nicht, wie das vom Kläger eingeholte Rechtsgutachten meint, als eine besondere mit dem Verkaufe nicht zusammenhängende Leistung betrachtet werden kann, — daß das nämliche auch von dem weiteren Versprechen des Verkäufers gilt, alle in Beziehung auf die verkaufte Erfindung noch einlaufenden Bestellungen u. s. w. dem Käufer kundzugeben, — dürfte außerdem sich aus der Analogie des Verkaufs eines Handelsetablissements ergeben. Wenn hier nämlich der Verkäufer sich in dem Kaufcontracte verpflichtet, keinen Handel der betreffenden Art weiter zu betreiben, auch alle auf das verkaufte Handelsgeschäft an ihn eingehenden Bestellungen dem Käufer zu übermitteln, so wird wohl Niemand in einem solchen Vertrage etwas anderes wie ein reines Kaufgeschäft finden.

Indessen hat Kläger versucht, den juristischen Character des Vertrags vom 4. Januar 1866 in ganz anderer Weise darzustellen, und hat das von ihm eingeholte Rechtsgutachten nicht allein diese Auffassung sammt den daraus gezogenen Consequenzen sich angeeignet, sondern dieselbe sogar auf die Spitze getrieben. Das Resultat der in besagtem Rechtsgutachten vorgenommenen Prüfung des Vertrags wird daselbst dahin formulirt:

„Der Erwerb der von dem Kläger zur Zeit des Ver-
„trags vom 4. Januar 1866 besessenen Patentrechte ist
„nicht nur nicht der einzige, sondern nicht einmal der
„Hauptgegenstand des vertragsmäßigen Erwerbs des Be-
„klagten gewesen."

Ja es wird hier sogar weiter behauptet:

„Vieles . . . . spricht dafür, daß jene Ausschließung
„des Klägers von der Concurrenz der eigentliche, wo nicht
„einzige Vertragsgegenstand, der Erwerb der Patente in
„§ 1 (des Vertrags) nur ein Mittel, um diesen Zweck zu
„erreichen, ... darstellte."

Diese eigenthümliche Auslegung wird sowohl durch den Kläger, wie durch dessen Rechtsconsulenten auf den Inhalt des Vertrags selbst, auf gewisse der Vertragsschließung vorausgegangene, so wie endlich auf andere, dem abgeschlossenen Vertrage nachgefolgte Vorgänge gestützt. —

Sie wird auf den Vertrag selbst insofern gestützt, als durch denselben Seitens des Herrn K. Leistungen übernommen worden sein sollen, welche, — wie die Verpflichtung, sich jeden geschäftlichen Betriebs mit Gasbrennern zu enthalten, und weitere die in Rede stehende Erfindung betreffende Erfahrungen Herrn Br. mitzutheilen, in keinem Zusammenhange mit dem Patentrechte stünden. — Wie jedoch diese Auffassung im Vorstehenden bereits widerlegt worden, so bedarf das weitere Argument, welches aus der Höhe des Preises im Betrage von fl. 60,000 so wie aus derjenigen der Conventionalstrafe von fl. 250,000 entnommen, keiner Widerlegung.

Die der Abschließung des Vertrags vorausgegangenen Momente, aus welchen sich ergeben soll, daß der Vertrag vom 4. Januar 1866 kein Kaufvertrag gewesen, sondern wesentlich nur bezweckt habe, eine Concurrenz des K. mit Herrn Jul. Br bezüglich des Betriebs eines Geschäfts mit Gasbrennern auszuschließen, sind die Vorverhandlungen, mittelst welchen nach der Darstellung des Klägers der Vertragsschluß herbeigeführt worden sein soll. Wie Kläger nämlich in seiner Replikschrift erzählt, soll Verklagter, indem er die Initiative zu dem später abgeschlossenen Vertrage ergriffen, Herrn K. ausdrücklich erklärt haben, er, Br., habe selbst einen Brenner erfunden, welchen er für besser als den des Klägers halte; er komme um eine Verständigung zu versuchen, damit beide Theile sich nicht gegenseitig Concurrenz machten. Er wisse, daß Kläger mit seinen Brennern ein gutes Geschäft machen werde, weil diese bis jetzt das Beste seien; ebenso sei er aber auch überzeugt, daß er mit seinem Brenner, welcher den klägerischen Brenner übertreffe, den Letzteren mit der Zeit aus dem Felde schlagen werde. Um nun gleich von Anbeginn die Concurrenz zu beseitigen, die ihn hindere, das Geschäft so schnell und energisch auszubeuten, als dies bei solchen

Erfindungen, deren eine die andere jage, durchaus nothwendig sei, sei er, Br., nicht abgeneigt, Herrn K. abzukaufen und dessen Patente zu übernehmen.

Sieht man nun auch davon ab, daß Verklagter in der Duplik diese Angaben der Gegenpartei als unrichtig erklärt und keineswegs, wie das Endemann'sche Rechtsgutachten sagt, ohne bestimmten Widerspruch gelassen hat, unterstellt man vielmehr die Wahrheit derselben, so läßt sich in der That nicht einsehen, wie auf deren Grund die Behauptung aufgestellt zu werden vermag, der Erwerb der klägerischen Patentrechte (resp. das Recht auf die klägerische Erfindung) sei nicht der Hauptgegenstand des Vertrags vom 4. Januar 1866 gewesen, vielmehr stelle sich als einziges Vertragsobjekt die Ausschließung des Klägers von der Concurrenz im Gasbrenner-Geschäfte mit dem Verklagten dar. Denn einerseits drücken jene Vorverhandlungen nur das Vertrags-Motiv Seitens des Verklagten aus, ein Motiv, welches bei der völligen Bestimmtheit der Fassung und des Sinnes des Vertrags vom 4. Januar 1866, wie schon das appellationsgerichtliche Urtheil hervorgehoben, als unerheblich erscheint. Andererseits steht jenes Motiv in keinem Widerspruch mit dem aus dem Vertrage selbst sich ergebenden Character desselben als eines reinen Kaufgeschäfts. Wie die Ueberlassung eines Handelsetablissements sammt Firma gegen einen bestimmten Preis in Geld auch in dem Falle ein Kaufgeschäft ist, daß der Erwerber den Vertrag in der Absicht eingegangen, das Geschäft sammt Firma zur Beseitigung einer Concurrenz eingehen zu lassen, so muß das Nämliche auch dann gelten, wenn Jemand zur Beseitigung einer lästigen oder besorgten Concurrenz gegen eine Geldsumme die eigenthümliche Uebertragung einer patentirten Erfindung sammt allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, Nutzungen u. s. w. ausbedungen hat.

Wenn demnach Wortlaut und Inhalt des Vertrags vom 4. Januar 1866 denselben als ein reines Kaufgeschäft characterisiren, wenn hiermit die angeblichen Vorverhandlungen in keinem Widerspruche stehen, so vermögen auch die nach der

klägerischen Darstellung auf die Abschließung des Vertrags erfolgten Vorgänge nicht zu einem anderen Ergebnisse zu führen.

Kläger hat sich zwar sowohl in der Replik wie in seiner Schlußerklärung auf die Widerklage darauf berufen, daß Verklagter von der laut § 1 des Vertrags erworbenen patentirten Erfindung keinen Gebrauch gemacht und nicht einmal den mitverkauften Vorrath von K.'schen Brennern abzusetzen gesucht habe; — daß derselbe keine weiteren Patente nachgesucht, die ihm übertragenen Patentrechte habe verfallen lassen, und nur mit der Fabrikation und dem Betriebe seiner eigenen (Br.'schen) Gasbrenner beschäftigt gewesen sei. In diesen Thatsachen finden der Kläger und dessen Rechtsconsulent unwiderlegliche Argumente dafür, daß dem Verklagten an der Ausbeutung der betreffenden Erfindung nichts gelegen war, und gelangen dieselben mit Nothwendigkeit zu dem Rückschlusse, es habe dem Vertrage vom 4. Januar 1866 eine andere Intention als die der Benutzung der klägerischen Patente innegewohnt; Hauptzweck und Hauptgegenstand des Geschäftes sei der aus §§ 1—3 der Urkunde sich ergebende Verzicht des Klägers auf jede concurrirende Thätigkeit gewesen.

Kühne, staunenswerthe Rückschlüsse, deren Unhaltbarkeit darzuthun unschwer sein dürfte!

Vorerst dürfte hier in Erinnerung zu bringen sein, daß Vorgänge, welche sich nach Abschluß eines Vertrages ereignet, nur insofern Momente für die Auslegung des Geschäfts abzugeben vermögen, als sie geeignet sind, auf die zweifelhafte Vertragsabsicht Licht zu werfen, während wir es hier mit einem Vertrage zu thun haben, dessen Laut und Inhalt in gleich zweifelloser Weise auf die Absicht eines Kaufes und nur eines solchen hinweisen.

Sollte aber aus der Thatsache, daß der Verklagte von der verkauften Erfindung keinen Gebrauch gemacht, der Rückschluß gestattet sein, daß derselbe bei Abschließung des Vertrags v. 4. Januar 1866 die Intention nicht gehabt habe, die klägerischen Patente auszunützen, so ist nicht einzusehen, wie dies für die Beurtheilung des Geschäfts von Bedeutung sein sollte, da ja die

Absicht der Benutzung des Vertragsgegenstandes zum Begriffe des Kaufvertrages nicht gehört. Läßt sich Jemand gegen einen Preis in Geld das habere licere an einem Reitpferde versprechen, nicht weil er es selbst reiten oder sonst gebrauchen oder verwerthen will, sondern lediglich, damit der Verkäufer es nicht mehr habe, so ist und bleibt dieses Geschäft doch lediglich ein Kaufgeschäft. Indem aber das Motiv des Geschäfts nicht identisch mit der Vertragsabsicht und an sich für die Beurtheilung des Vertrags irrelevant ist, beruht der weitere Rückschluß des Klägers und seines juristischen Rathgebers, daß, weil dem Verklagten bei Abschließung des Vertrags eine andere Intention als die der Ausnutzung der klägerischen Patente innegewohnt habe, der Hauptgegenstand und Hauptzweck des Geschäftes der Verzicht des Klägers auf jede concurrirende Thätigkeit gewesen sei, auf einer Verwechslung zwischen Motiv, Beweggrund zum Vertrage und der Absicht bei der Vertragsschließung.

Diese letztere ging, wie früher ausgeführt worden, auf ein das ausschließliche Recht auf die patentirte Erfindung des Klägers zum Gegenstand habendes Kaufgeschäft. Sollte nun auch dieses Geschäft von Seiten des Käufers lediglich zu dem Zweck abgeschlossen worden sein, um die Concurrenz des Verkäufers zu beseitigen, so wäre dies rechtlich unerheblich. Allein es ist dieses dem Käufer durch das Rechtsgutachten untergeschobene alleinige Vertragsmotiv in der That lediglich auf einer willkürlichen Unterstellung beruhend, da Verklagter wiederholt erklärt hat, es sei ihm bei dem betreffenden Kaufgeschäfte darum zu thun gewesen, nicht allein die Concurrenz des Klägers auszuschließen, sondern das demselben gegen Dritte zukommende Verbietungsrecht zu erwerben. So hat insbesondere Verklagter in der Replik sich dahin geäußert:

„Dem Verklagten war es weniger darum zu thun, die „Concurrenz des Klägers aus der Welt zu schaffen, „vielmehr vornämlich darum, die Concurrenz des s. „g. K.'schen Brenners mit verschiebbarem „Mantel zu beseitigen."

Wie dem übrigens auch sei, so verstößt es gegen alle juristische Logik, wegen wirklicher oder angeblicher Vertragsmotive des einen Contrahenten ein Geschäft, welches sich nicht allein ausdrücklich als Kauf bezeichnet, sondern seinem ganzen Inhalte nach nur als Kauf qualificirt, zu einem ganz anderen Geschäfte, einem Innominat-Contracte, dessen Hauptgegenstand eine obligatio non faciendi sein soll, machen zu wollen.

Daher ist denn auch für die Beurtheilung des Characters des Vertrags vom 4. Januar 1866 die Thatsache ohne Erheblichkeit, daß Verklagter die vom Kläger erworbenen Patente verfallen ließ, während die Bedeutung dieser Thatsache in ihrem Einflusse auf die Anfechtung des Vertrags späterer Erörterung vorbehalten bleiben muß. (S. § 6).

§ 3.

Die Anfechtung des Vertrags vom 4. Januar 1866 durch den Käufer.

Aus der im Vorstehenden festgestellten Natur des in Frage stehenden Vertrags als eines Kaufgeschäftes, dessen Gegenstand die dem Verkäufer patentirte Erfindung eines Gasbrenners mit verschiebbarem Mantel, sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, mit allen Nutzungen und Folgen ist, ergiebt sich zunächst, daß einer vom Käufer erhobenen Beanstandung der Rechtsverbindlichkeit des Vertrags nicht, wie dies in dem angezogenen Rechtsgutachten geschehen, entgegengestellt werden kann, Kläger habe durch das Aufgeben und Sich-enthalten von jedem Geschäfte in Gasbrennern die versprochene Vertragsleistung vollständig gewährt, wie er sie noch gewähren werde; — Verklagter habe Alles, was er durch den Vertrag gewollt, nämlich die Ausschließung einer jeden Concurrenz des Klägers.

Vielmehr handelt es sich hier um die Anfechtung eines Kaufvertrags, durch welches s. g. industrielles Eigenthum des Verkäufers auf den Käufer übertragen werden sollte, von Seiten des Letzteren, eine Anfechtung, deren Grund oder

Ungrund lediglich nach den Grundsätzen über Kauf zu beurtheilen ist. Indem nämlich, wie früher gezeigt worden, die vom Kläger durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 übernommene Verpflichtung, in keinen geschäftlichen Betrieb mit Gasbrennern zu treten, nur als eine Consequenz des von ihm vorgenommenen Verkaufes der patentirten Erfindung zu betrachten, ist die Erfüllung jener Verbindlichkeit für sich allein ohne alle Bedeutung.

Der Käufer hat das in Frage stehende Geschäft sowohl auf dem Wege einer Einrede, wie auf demjenigen einer Widerklage beanstandet; auf dem Wege einer Einrede, indem er sich weigerte, den Rest des Kaufpreises mit fl. 30,000 zu bezahlen, auf demjenigen einer Widerklage, indem er, von den erhobenen Nebenforderungen abzusehen, die an dem Kaufpreise von fl. 60,000 bereits bezahlten fl. 30,000 zurückgefordert hat.

In der einen und anderen Hinsicht hat sich Verklagter und Widerkläger auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen, weil derselbe der wesentlichsten Voraussetzungen ermangle, indem die verkaufte angebliche Erfindung keine wirkliche Erfindung, und jedenfalls keine patentfähige Erfindung sei, daher auch die mitverkauften Patente nichtig seien. Es hat derselbe ferner geltend gemacht, die Gegenleistung für die zugesicherten fl. 60,000 habe in der Ausschließlichkeit der Rechte bestehen müssen, welche als ausschließliche verkauft worden seien, obwohl sie dies nicht gewesen. Zugleich hob Verklagter den dolus des Klägers hervor, welcher durch Vorspiegelung eines unwahren Sachverhaltes und Verschweigung höchst wesentlicher Thatumstände ihn zum Abschlusse eines Vertrages bewogen habe, durch welchen er ohne entsprechende Gegenleistung um fl. 60,000 gebracht werden sollte. Wenn nun Verklagter am Schlusse der Duplik von einer Auflösung des Vertrags vom 4. Januar 1866 spricht, und der Rechtsconsulent des Klägers daraus die Veranlassung entnommen hat, einen Mangel an scharfer Distinction zwischen Ungültigkeit und Rescissibilität des Vertrags zu rügen, so erscheint dieser Tadel insoferne als unerheblich, als Verklagter sowohl dasjenige, was er mittelst seiner Vertheidigung in der

Vorklagsache und Anstellung der Widerklage will, wie auch die Thatsachen, auf welche er seine Anträge stützt, mit voller Klarheit bezeichnet hat.

§ 4.

Fortsetzung. — Die Anfechtung des Vertrags wegen mangelnder dicta & promissa.

Prüft man nun die Rechtsverbindlichkeit des Vertrags vom 4. Januar 1866, so hat:

I. Verklagter das Geschäft um deßwillen angefochten, weil die ihm durch dasselbe verkaufte Erfindung die zugesagte Eigenschaft der Neuheit und beziehungsweise Patentfähigkeit nicht gehabt.

Verklagtem ist durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 vom Kläger eine diesem patentirte Erfindung eines Gasbrenners mit verschiebbarem Mantel, sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten auf soche, überhaupt mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung verkauft worden.

Verkauft wurde eine Erfindung, d. h. ein neues Mittel zur Befriedigung materieller Lebensbedürfnisse,

Klostermann, die Patentgesetzgebung aller Länder S. 1,

und zwar ein neues Hülfsmittel zur vortheilhafteren Darstellung eines bereits bekannten Products nämlich des Gaslichtes.

Klostermann, a. a. O. S. 36.

Allein nicht blos eine Erfindung, sondern eine patentirte Erfindung sammt allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten auf solche war Gegenstand des stattgehabten Verkaufs.

Demnach wurde also jedenfalls eine patentfähige Erfindung, d. h. eine Erfindung, die sich zu einem Patentschutze

qualificirte, verkauft. Denn es verpflichtete sich Kläger durch den in Rede stehenden Vertrag nicht blos zur Ueberlassung gegebener bereits erlangter Patentausfertigungen, in welchen gültige oder ungültige Patente enthalten waren; vielmehr überließ er dem Verklagten eine patentirte Erfindung mit dem Patentrechte, mit allen aus dieser Erfindung erwachsenen und herzuleitenden Rechten, mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung.

Die Patentfähigkeit einer Erfindung ist aber nicht blos dadurch bedingt, daß dieselbe einer ausschließlichen vermögensrechtlichen Nutzung fähig,

Klostermann, a. a. O. S. 10.

sondern nur durch deren Neuheit. Indem nämlich der Patentschutz die Interessen des Erfinders mit denen der Gesammtheit dadurch vereinigen soll, daß er jenem oder dessen Rechtsnachfolger als Preis der Mittheilung seiner Erfindung ein ausschließliches Recht der Benutzung für gewisse Zeit gewährt, fällt der Grund des Patentschutzes weg, wenn der Gegenstand der Erfindung bereits vor der Einreichung des Patentgesuchs bekannt war. Die Ertheilung des Patentes auf einen bereits bekannten Gegenstand würde, wie Klostermann a. a. O. S. 35 richtig hervorhebt, eine Beschränkung der Gewerbefreiheit enthalten, für welche der Gesammtheit kein Aequivalent geboten würde.

Sollte also, wie dies Seitens des Verklagten behauptet wird, die verkaufte Erfindung nicht patentfähig gewesen sein, sollte sie mit andern Worten nicht den Character der Neuheit an sich getragen haben, so würde es ihr an einer beim Verkaufe zugesagten Eigenschaft (einem dictum & promissum) fehlen.

Der Käufer hat aber wegen des Mangels an einer zugesagten Eigenschaft des Kaufobjectes, ganz abgesehen von einem dolus des Verkäufers, nach Civilrecht die actio emti auf sein volles Interesse

l. 6 §. 4, l. 13 §. 3 D. de actionib. emti venditi (19. 1).
l. 15 D. de periculo & commodo rei venditae (18. 6).

Indem nun dieses Interesse darin bestehen kann, daß der Verkäufer die Sache gegen Erstattung des Preises zurücknehme,

I. 11 §§ 3—5 De actionib. emti venditi (19. 1).

kann die Contractsklage die Rescission des Vertrags herbeiführen.

Windscheid, Pandect. § 396.

v. Vangerow, Pandect. (7. Aufl.) Bd. III. S. 214. a. E. 275.

Der Käufer hat aber auch wegen Mangels an einem dictum & promissum statt der civilrechtlichen actio emti in Gemäßheit der Vorschriften des ädilicischen Edictes die redhibitorische Klage auf Erstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Sache.

I. 1, § 1, I. 17 § 20, I. 18 pr. I. 38, § 10, I. 52 D. de aedilitio edicto (21. 1.)

Allerdings kömmt es nun für die Begründung der einen wie der andern Klage auf die Thatfrage an, ob die durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 verkaufte Erfindung wirklich keine neue, und sonach nicht patentfähig war.

Bevor jedoch auf diese Frage eingegangen wird, ist der hier zu Grunde gelegte rechtliche Gesichtspunct gegenüber der zuwiderlaufenden rechtlichen Auffassung des Klägers und des von demselben eingeholten Rechtsgutachtens näher zu vertreten.

Das gedachte Rechtsgutachten hebt zunächst hervor, das wirkliche Vorhandensein der Patentfähigkeit der Erfindung gehöre nicht so sehr zum Wesen des dem Verklagten verkauften Objectes, daß Kläger dafür unbedingt einzustehen habe.

Zur Begründung dieser Behauptung wird in dem Vertrage vom 4. Januar 1866 zweierlei unterschieden, nämlich die Ueberlassung der bestehenden Patente und diejenige der Befugniß, auf die Erfindung noch weitere Patente zu nehmen.

Hinsichtlich nun des Verkaufs der bereits erworbenen Patente, — führt das Rechtsgutachten aus, — habe Kläger weder in Gemäßheit des Vertrags, noch der Natur der Sache nach, für die materielle Richtigkeit der Patentertheilung einzustehen. Verkauft seien Patentrechte; diese seien vorhanden, sobald die Patente formell rechtsbeständig seien. Nimmermehr liege es im Begriff eines

Patentverkaufs, daß der Verkäufer zugleich die Garantie für die Richtigkeit und Unanfechtbarkeit der Patentertheilung übernehme. Dies ergebe sich daraus, daß kein Patent eine absolute Gewißheit dafür sichere, daß die patentirte Erfindung wirklich patentwürdig sei. Gelte dies zunächst nach solchen Gesetzgebungen, welche das sogenannte Anmeldungssystem befolgten, wonach das Patent ohne jegliche Vorprüfung der Neuheit der Erfindung ertheilt werde, so habe das Nämliche nicht weniger da seine Richtigkeit, wo Patente nach vorausgegangener Prüfung ertheilt würden, da es hier möglich bleibe, die Patentertheilung als ungerechtfertigt darzustellen.

Was aber die Ueberlassung der Befugniß anbelange, auf die betreffende Erfindung weitere Patente zu nehmen, so habe jene keinen andern Sinn, als daß der Käufer befugt sein solle, an Stelle des Erfinders die Erwerbung weiterer Patente zu betreiben. Eine Garantie dafür, daß Käufer diese Patentirung zu Theil werden müsse, sei nicht gegeben worden.

Steht es nun allerdings außer Zweifel, daß in dem Verkaufe eines Patents nicht nothwendig die Zusage des Verkäufers enthalten ist, daß der betreffende Patentschutz ein unwiderruflicher, unanfechtbarer sei, und liegt ferner in der käuflichen Ueberlassung des Rechts, auf eine gegebene Construction ein Patent zu erwirken, noch keine Garantie-Uebernahme wegen Erwerbung des Patentrechts durch den Käufer, so steht hier eben die Sache anders. Denn es ist der Vertrag vom 4. Januar 1866 nicht ein bloßer Patentverkauf, ein Verkauf von bereits erwirkten und noch zu erwirkenden Patenten. Vielmehr hat Herr K. Herrn Jul. Br. eine patentirte Erfindung sammt allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten auf solche, überhaupt mit allen Nutzungen und Folgerungen dieser Erfindung verkauft; und es hat der Verkäufer ausdrücklich erklärt, diese patentirte Erfindung dem Käufer eigenthümlich zu überlassen und zu übertragen. Der Verkäufer hat hierdurch seinem Käufer die Zusage gegeben, daß die den Gegenstand des Vertrags bildende Erfindung eine patentfähige also eine neue sei, weil nur an einer solchen Erfindung soge=

nanntes industrielles Eigenthum möglich, und er sich zur eigenthümlichen Ueberlassung und Uebertragung der in Frage stehenden Erfindung verbindlich gemacht hat.

Allein auch abgesehen vom Wortlaut des Vertrags ergibt sich aus den Anlagen der Patenturkunden, welche dem Käufer in Ausführung jenes Geschäftes vom Verkäufer übergeben wurden, daß es sich hier von einer neuen, also patentfähigen Erfindung handelte, daß eine solche verkauft und gekauft werden sollte. Denn es wurde der Vertrag vom 4 Januar 1866 auf Grund jener Anlagen, welche eine nähere Beschreibung der Erfindung enthielten, abgeschlossen, während in den verschiedenen Specificationen, die zur Erlangung der Patente den Behörden eingereicht worden waren, überall von einer eigenen Erfindung des Herrn K. die Rede ist. In der beim französischen Handelsministerium im Jahr 1865 eingereichten Beschreibung z. B. sagt Herr K.: „C'est ce fait qui m'a suggéré l'idée d'un bec à régulateur, dit Bec à manteau; während er seine Eingabe mit den Worten schließt: „En un mot la nouveauté de mon invention repose sur la mobilité du manteau et sur son ajustement au moyen d'un pas de vis."

In der beim Belgischen Ministerium des Inneren ebenso im Jahre 1865 eingereichten Beschreibung äußert unter anderm Herr K.

„Les résultats fournis par mon bec à manteau, qui „a quantité égale de gaz, produit une lumière deux et „trois fois plus forte que tout les becs actuelle- „ment en usage."

Nicht weniger weist endlich die Höhe des stipulirten Preises im Betrage von fl. 60,000 darauf hin, daß es sich beim Vertrage vom 1. Januar 1866 nicht bloß um die Uebertragung erwirkter und noch zu erwirkender, in ihrem Rechtsbestande zweifelhafter Patentrechte, sondern um die Ueberlassung einer wirklichen, also neuen und patentfähigen Erfindung handelte.

Sollten übrigens noch Zweifel darüber bestehen, ob die Neuheit und resp. Patentfähigkeit der Erfindung als durch den Kaufvertrag vom 4. Januar 1866 zuge-

sagt zu betrachten, so hat Verklagter bereits in seiner Vernehmlassungs-Schrift sich darauf berufen, es habe Kläger auch außerdem die ausdrückliche Versicherung und Zusage dem Verklagten ertheilt, daß seine Erfindung eine ganz neue sei, und dies in den Verhandlungen über das Kaufgeschäft und namentlich auch in der letzten Unterredung, welche der Unterzeichnung des Kaufbriefs unmittelbar vorhergegangen, in Gegenwart der Advocaten Herren Dr. D.-Th. und Dr. Th., welche mit der Abfassung des Kaufbriefs betraut gewesen, gethan.

Da nun nach dem hier einschlagenden gemeinen Rechte mündliche Ergänzungen eines schriftlich abgefaßten Vertrags in verbindlicher Weise geschehen können, auch ein Zeugenbeweis in Ansehung derartiger in der Vertragsurkunde nicht enthaltener Verabredung statthaft ist,

Renaud, Civilprozeßrecht, S. 263.

so müßte dem Verklagten der Beweis der ihm von der Gegenpartei beim Verkaufe ausdrücklich ertheilten Zusage der Neuheit der verkauften Erfindung nachgelassen werden, wenn eine solche Zusicherung nicht schon als in den Worten wie im Sinne des geschriebenen Vertrags liegend erachtet werden sollte.

Freilich ist von Seiten des Klägers in der Oberappellations-Einführungsschrift gegen die Relevanz dieser ausdrücklichen vor Zeugen gegebenen Zusage geltend gemacht worden:

> Was der Kläger garantirt und nicht garantirt habe, ergebe der Schlußsatz der von den Parteien in eigener Person vollzogenen Vertragsurkunde vom 4. Jan. 1866; wären selbst weiter gehende Aeußerungen früher gefallen, so seien solche vertragsweise hierdurch limitirt und präcisirt.

Der Schlußsatz, auf welchen hier Bezug genommen ist, ist die Erklärung in § 6 des Vertrages, durch welche K. Herrn Br. ausdrücklich nochmals die Versicherung ertheilt, es sei ihm nicht bekannt, daß zur Zeit ein Gasbrenner bestehe und resp. sich im Verkehre befinde, durch dessen Anwendung dem Consu-

menten größere Vortheile, namentlich an Gasersparniß zu Theil würden, als bei dem hier in Frage stehenden Patentbrenner. Es handelte sich hier also um etwas ganz Anderes wie um die Neuheit der verkauften Erfindung; es handelte sich um die Vorzüglichkeit derselben gegenüber andern dem Verkäufer bekannten Constructionen. Sonach kann in dieser in der Vertragsurkunde enthaltenen Versicherung keine Limitirung und Präcisirung einer auf ein ganz anderes Verhältniß bezüglichen vorgängigen Zusage gefunden werden.

Fassen wir das Ergebniß dieser Erörterungen zusammen, so muß man von der Annahme ausgehen, daß durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 Kläger dem Verklagten eine neue, also patentfähige Erfindung verkauft hat; eine Annahme, die, wenn sie nicht schlechtweg für begründet erachtet werden sollte, doch sich als Resultat eines dem Verklagten noch aufzulegenden Beweises ergeben dürfte. Sollte demnach die verkaufte Erfindung keine neue, patentfähige gewesen sein, so fehlte es dem Verkaufsobjecte an einem dictum et promissum, und wäre nach dem früher Bemerkten die actio emti des Käufers auf das volle Interesse, wie die actio redhibitoria begründet.

Indessen macht das vom Kläger eingeholte Rechtsgutachten gegen diese Consequenz weiter geltend, es habe sich Verklagter um die Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes kümmern müssen. Als Erwerber derartiger Patentrechte habe er wissen müssen, daß weder überall die bereits erwirkten Patentrechte auf der anerkannten Voraussetzung der Neuheit und Eigenthümlichkeit beruhten, noch auch überall die Ertheilung fernerer Patentrechte davon abhängig sei. Besondere Eigenschaften über die gewöhnlichen Begriffe und die natürliche Definition des Gegenstandes hieraus zu unterstellen, sei er nicht berechtigt gewesen, daher könne er auch nicht den Mangel solcher Eigenschaften als Redhibitionsgrund geltend machen.

In der That ist hier in Einem Athemzug zweierlei durch einander geworfen.

Wenn nämlich einmal behauptet wird, es habe Verklagter als Käufer wissen müssen, daß weder überall die bereits er-

wirkten Patente auf der anerkannten Voraussetzung der Neuheit und Eigenthümlichkeit beruhten, noch auch überall die Ertheilung fernerer Patente davon abhängig sei, so heißt dies nichts weiter, als daß Verklagter hätte wissen sollen, daß aus einer Patentausfertigung noch nicht die Neuheit der patentirten Erfindung und beziehungsweise die Gültigkeit des Patentschutzes sich ergebe. Auf eine solche Rechtskenntniß, welche übrigens dem Verklagten nicht abging, kam es hier jedoch nicht an, da ihm sowohl durch den schriftlichen Vertrag vom 4. Januar 1866, wie außerdem mündlich von seinem Verkäufer die Zusage der Neuheit der verkauften Erfindung ertheilt war. Folgeweise unterstellte der Verklagte nicht, wie in dem Rechtsgutachten ferner behauptet wird, dem Kaufsobjecte besondere Eigenschaften, welche über die gewöhnlichen Begriffe des Verkehrs und die natürliche Definition des Gegenstandes hinausgingen.

Endlich beruft sich das Rechtsgutachten darauf, es habe Beklagter der klägerischen Erfindung nur den Charakter der Neuheit und Eigenthümlichkeit abgesprochen.

Auch die Richtigkeit dieses Behauptung vorausgesetzt, sei damit noch nicht dargethan, daß, worauf es ankomme, die verkauften Rechte werthlos oder nur in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt seien. Was nämlich einmal das dem Verklagten übertragene Recht, weitere Patente zu erwirken, anlange, so habe einer solchen Erwirkung in solchen Staaten, in welchen eine förmliche Vorprüfung nicht stattfinde, nichts entgegengestanden. Allein auch darüber sei keine Gewißheit oder nur greifbare Wahrscheinlichkeit, daß die Patentfähigkeit der Erfindung, weil sie nicht neu und eigenthümlich, in den Staaten, woselbst eine Vorprüfung geschehe, verneint würde.

Noch weniger seien andererseits die bereits vorhandenen Patente in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, oder gar durch den Mangel der Neuheit der Erfindung von selbst erloschen oder werthlos.

Auch diese Ausführungen treffen indessen das Wesen der Sache nicht. Läßt sich zwar die Möglichkeit nicht ableugnen, daß auf eine angebliche Erfindung, ungeachtet ihr der Charakter

der Neuheit abgeht, eine Patentausfertigung erlangt werde, und können auf ein solches Patent, so lange die Ungültigkeitserklärung desselben nicht erfolgt, ungeachtet der Patentunfähigkeit der Erfindung möglicher Weise Rechte ausgeübt werden, — Verbietungsrechte gegen solche Dritte, welche nicht zu erweisen vermögen, daß der Erfindung die Bedingungen der Patentfähigkeit abgegangen, so ist immerhin eine angebliche Erfindung, welcher der Character der Neuheit abgeht, keine wahre Erfindung, — eine patentfähige Erfindung etwas Anderes wie eine nicht patentfähige. Ist demnach beim Verkaufe einer Erfindung ausdrücklich oder stillschweigend die Zusage ihrer Neuheit, beziehungsweise ihrer Patentfähigkeit ertheilt worden, während sich nachher ergibt, daß sie keine neue gewesen, so fehlt dem Kaufsobjecte ein dictum et promissum, und ist demnach dem Käufer die actio emti auf dessen Interesse oder statt dessen die actio redhibitoria begründet. Ob die verkaufte angebliche Erfindung werthlos, oder ob sie nur in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, und in wie weit dies der Fall, kömmt jedenfalls nur bei der Liquidation des Interesses des Käufers in Betracht; dagegen nicht in Betracht, wenn es sich um Redhibition wegen des Mangels handelt, dessen Abwesenheit versprochen war.

Windscheid, Pandect. § 393.

Indem aber sowohl die Contractsklage wie die ädilicische actio redhibitoria — wie wiederholt hervorgehoben worden, dadurch bedingt ist, daß die durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 verkaufte Erfindung keine neue, also eine patentunfähige gewesen, sind bei Prüfung dieser Thatfrage die vom Verklagten in dieser Hinsicht angeführten Momente in näheren Betracht zu ziehen.

Verklagter hat sich hier auf zweierlei berufen:

1) Der Mechanikus Wilhelm Mack, behauptet Verklagter in der Vernehmlassungsschrift auf die Klage, — resp. Widerklageschrift, — habe in seiner Werkstätte, in welche das mit ihm verkehrende Publikum ungehindert Zutritt habe, ohne irgendwie zu einer Geheimhaltung verpflichtet zu sein, auf die Bestellung K.'s und bevor dieser ein Patent nachgesucht hatte, die Gas-

brenner mit verschraubbarem Mantel, welche später Gegenstand der Patente geworden, angefertigt. Namentlich seien es die in Mack's Diensten stehenden Arbeiter, Scheidemantel von Oberrad, und noch ein Zweiter gewesen, welche Herrn Mack bei Herstellung jener Brenner, von denen in solcher Weise dem Kläger 683 geliefert worden, behülflich gewesen. Kläger habe aber diese große Anzahl fertiger Brenner nicht an sich behalten, ehe er ein Patent nachgesucht.

Insbesondere seien durch Herrn Mack für Rechnung des Klägers und auf eingeholte Ermächtigung dieses letzteren dem Herrn Münzwardein Rößler und dem Dr. jur. Paul Schulin vor der Zeit der K.'schen Patentgesuche solche Brenner käuflich überlassen worden.

Später habe Herr Mack auch unabhängig vom Kläger Brenner der in Frage stehenden Art gefertigt und an verschiedene Personen verkauft, und sein Fabrikat nach außen offerirt, so namentlich unterm 2. Juli 1867, und auf Anfrage des Verklagten über seine Berechtigung zur Anfertigung und zum Verkauf der fraglichen Gasbrenner sich darauf berufen, daß schon vor den klägerischen Patentgesuchen jene Brenner bereits bekannt gewesen und er daher in deren Anfertigung und Verkauf durch das ihn nicht berührende klägerische Patent nicht behindert sei.

Dies die thatsächlichen Behauptungen des Verklagten, welche zu einem Theile wenigstens in der klägerischen Replik eingeräumt worden und insoweit demnach als feststehend zu betrachten sind. Insbesondere hat Kläger zugegeben, daß Mack Brenner der in Frage stehenden Art für ihn angefertigt und zwei davon mit seiner Erlaubniß und für seine Rechnung an die Herren Rößler und Schulin verkauft habe.

Betrachtet man nun die Relevanz dieser Thatsachen für die Beantwortung der Frage, ob die durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 verkaufte Erfindung des Charakters der Neuheit und folgeweise der Patentfähigkeit ermangelt habe, so kömmt es darauf an, ob diese Erfindung zu der Zeit, wo zuerst um Patentirung derselben eingekommen worden, also im April 1865,

eine neue war, und was unter der die Patentfähigkeit bedingenden Neuheit zu verstehen ist.

Sieht man nun vorerst von der hier zunächst nicht in Betracht kommenden Originalität der Erfindung oder mit anderen Worten von der Frage ab, ob die die Patentfähigkeit bedingende Neuheit voraussetzt, daß nicht verschiedene Personen die Erfindung unabhängig von einander gemacht haben, so stimmen alle Patentgesetzgebungen hinsichtlich des Requisits der Neuheit in der Voraussetzung überein, daß die Erfindung zur Zeit der Anmeldung weder im Gebrauch gewesen, noch veröffentlicht sein darf.

Klostermann a. a. O. S. 45.

In dieser Hinsicht ist die Thatsache, daß Mack im Auftrage des Klägers eine Anzahl Brenner verfertigt, für sich allein nicht entscheidend, um der in Frage stehenden Erfindung den Charakter der Neuheit abzusprechen, da es, wie Kläger und dessen Rechtskonsulent bemerkt haben, bei sehr vielen Erfindungen nicht zu vermeiden ist, die Hülfe anderer Personen zu deren Ausführung zu benutzen. Ebenso ist die weitere Thatsache, wonach Mack, nachdem Kläger die Patentirung seiner Erfindung nachgesucht hatte, die nämlichen Brenner angefertigt und an mehrere Personen verkaufte, ja dieselben als sein Fabrikat nach außen offerirt haben soll, unerheblich, und daher die Frage nach der Erwiesenheit derselben, die vom Kläger in Abrede gestellt wird, einer Prüfung nicht zu unterziehen. Denn sollten auch die bezüglichen Behauptungen des Verklagten ihre Richtigkeit haben, so würde sich daraus noch nicht ergeben, daß Mack berechtigterweise gehandelt, oder mit anderen Worten zur Zeit, wo der Kläger die Patente nachsuchte, die Erfindung desselben bereits im Gebrauche oder veröffentlicht war.

Wohl aber ist hier die Thatsache entscheidend, welche Kläger in seiner Replik ausdrücklich eingeräumt, daß Mack fertige und halbfertige Mäntel auf dem Werktische liegen hatte, daß er die Vorzüge des Brenners sowohl dem Herrn Münzwardein Rößler wie dem Herrn Dr. jur. Schulin rühmte, und mit Erlaubniß und für Rechnung des Klägers den gedachten Herren Brenner

zum Zwecke der Untersuchung und Erprobung der gerühmten Vorzüge käuflich überließ.

Denn es war durch diese Vorgänge die Erfindung des Klägers veröffentlicht; sie war es um so mehr, als bei der Einfachheit der Construktion des betreffenden Brenners dessen Anfertigung durch Andere wie den Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger ermöglicht war.

In diesem Sinne spricht z. B. das französische Gesetz vom 5. Juli 1844, Art. 31 (bei Blanc und Beaune, Code général de la propriété industrielle, Paris 1854, p. 312 suiv.), einer Erfindung den Charakter der Neuheit ab, wenn sie vor der Einreichung des Patentgesuchs eine zu ihrer Ausführung ausreichende Oeffentlichkeit erhalten (une publicité suffisante pour être exécutée); während das italienische Gesetz vom 30. Oktober 1859 (Klostermann S. 48, Note 1), Art. 3, mit dieser Auffassung übereinstimmt.*)

Und in der That liegt dies in der Natur der Sache und ist auch nach den Gesetzen, welche darüber, wann eine Erfindung den Charakter der Neuheit verliert, sich nicht ausdrücklich erklären, anzunehmen, daß eine Erfindung nicht allein dadurch veröffentlicht werden kann, daß deren Gegenstand durch die Presse oder durch öffentliche Vorträge beschrieben wird. Vielmehr ist eine Veröffentlichung auch dann als geschehen zu betrachten, wenn die ausgeführte Erfindung öffentlich ausgestellt,

Klostermann a. a. O., S. 48,

dieselbe mündlich einzelnen Personen beschrieben, und ihnen deren Gegenstand zur Untersuchung und Prüfung überlassen worden ist. Denn dasjenige, worauf es für die die Patentfähigkeit bedingende Neuheit der Erfindung ankömmt, ist offenbar, daß nicht vor der Einreichung des Patentgesuches Anderen die that-

*) Anm. vgl. das Reichs-Patentgesetz vom 25. Mai 1877 im § 2 „Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie zur Zeit der auf Grund dieses Gesetzes erfolgten Anmeldung in öffentlichen Druckschriften bereits derart beschrieben oder im Inland bereits so offenkundig benützt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint.“

sächliche und rechtliche Möglichkeit gegeben worden, den betreffenden Gegenstand anzufertigen und zu verwerthen. Eine solche Möglichkeit war aber bei der Einfachheit der in Frage stehenden Gasbrenner-Construction durch das Benehmen des Herrn Mack gegeben.

Gleichgültig ist es hierbei, ob und inwieferne in Ansehung jener Vorgänge den Kläger ein Verschulden trifft, da der Thatbestand der Veröffentlichung allein genügt, um das Requisit der Neuheit der Erfindung auszuschließen.

Klostermann a. a. O. S. 52.

Gleichgültig ist es ferner, daß, wenigstens nach der Behauptung des Klägers, jene Veröffentlichung nur an wenige Personen geschehen, da die Herren Rößler und Schulin, welchen die Vorzüge gerühmt und zu deren Prüfung Brenner überlassen, zur Geheimhaltung der Erfindung nicht verpflichtet waren. Dadurch, daß Mack, der Gehülfe des Klägers, mit oder ohne Verletzung übernommener Verpflichtungen, die Erfindung weiter mittheilte, hörte die thatsächliche wie die rechtliche Möglichkeit des Erfinders und dermaligen Klägers auf, jeden Andern von der Kenntniß oder Benutzung seiner Erfindung auszuschließen, und ging damit für denselben der Anspruch auf Patentschutz verloren.

Klostermann a. a. O. S. 54 a. E., S. 55.

Ergiebt sich hieraus, daß die durch Vertrag vom 4. Januar 1866 vom Kläger dem Verklagten verkaufte Erfindung keine neue war, so hat sich letzterer zur Begründung dieser seiner Behauptung weiter auf Folgendes berufen:

2) Auch in Paris seien die Gasbrenner mit verschraubbarem Mantel längst angefertigt und in den Handel gebracht gewesen, wie Kläger sich zum Nachsuchen von Patenten für seine angebliche Erfindung berechtigt glaubte.

Namentlich habe Dr. Victor Dubourg in Paris, mit welchem Kläger bis in das Jahr 1865 unter der Firma Dubourg und Comp. zum Zweck der Ausbeutung der ersterem patentirten Mantelbrenner associirt gewesen, bereits am 31. Dezember 1863

ein Patent auf verschiedene Arten verbesserter Gasbrenner, unter anderm auch auf

Gasbrenner mit verschraubbarem Mantel

nachgesucht und erhalten. Der Inhalt des Patents, sowie der Augenschein bewiesen, daß die K.'schen Brenner nur Nachbildungen der Dubourg'schen Brenner mit Mantel seien, und jedenfalls auf eine Aneignung dieser längst patentirten Erfindung beruhten. Auch das von Dubourg unterm 8. Oktober 1864 erwirkte Zusatzpatent enthalte in Beziehung auf den verschraubbaren Mantel nichts wesentlich Neues. Immerhin ergebe sich aber aus den beiden Dubourg'schen Patenten, daß die Idee, für welche Kläger im Jahre 1865 seine Patente erwirkt habe, überhaupt nicht neu und nicht unbekannt gewesen sei.

Ob nun der K.'sche Brenner mit den Brennern identisch, welche Herrn Dubourg in den Jahren 1863 und 1864 patentirt worden, oder ob jener nicht vielmehr, wie Kläger behauptet, den letztgenannten Brennern gegenüber sich als eine neue Erfindung qualificire, vermöchte, wenn es hierauf bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ankommen sollte, nur durch das Gutachten Sachverständiger festgestellt zu werden. Wie nämlich der Richter verpflichtet ist, so oft es sich um die Entscheidung von Thatfragen handelt, zu deren Beurtheilung technische Kenntnisse nicht juristischer Art erforderlich sind, Sachverständige beizuziehen,

Renaud, Civilprozeßrecht S. 389 u. S. 390.

so liegt nicht weniger die Beantwortung technischer Fragen außerhalb des einem rechtlichen Gutachten angewiesenen Gebiets.

Indessen kommt es, unseres Erachtens, auf jene Frage nach der Originalität der klägerischen Erfindung, gegenüber den Brennern, welche Herrn Dubourg in den Jahren 1863 und 1864 patentirt worden, nicht an.

Denn, wie schon aus andern Gründen nachgewiesen worden ist, daß die Erfindung des Herrn K zur Zeit, wo er deren Patentirung zuerst nachgesucht, keine neue war, so kommen in dieser Hinsicht folgende weiteren Thatumstände in Betracht.

Kläger, welcher zuerst am 20. April 1865 um die Patentirung seiner Erfindung eingekommen (zunächst in Frankfurt) hat nämlich in seiner Replik eingeräumt, daß er mittelst Briefes vom 11. Januar 1865 Herrn Dubourg eine detaillirte Beschreibung seines Brenners gegeben und demselben in dem nämlichen Monate persönlich einen solchen Brenner nach Paris gebracht und mitgetheilt habe; freilich, wie er beifügt, gegen dessen Versprechen der Geheimhaltung. Allein es hat Kläger sofort weiter zugegeben, daß, während zwischen ihm und Dubourg Verhandlungen gepflogen worden seien, um sich wegen der gemeinschaftlichen Ausbeutung der K.'schen Erfindung zu verständigen, Dubourg bereits in seinem alleinigen Interesse gearbeitet und gesucht habe, ihn, den gegenwärtigen Kläger, der Vortheile der betreffenden Erfindung zu berauben, diese sich anzueignen und auszubeuten.

Bei dieser Sachlage ist die Behauptung des Verklagten von Bedeutung, daß Dubourg Brenner wie die K.'schen durch den Messingdreher Kirmaier in Paris habe anfertigen lassen, daß er insbesondere unterm 6. März 1865 200 derartige Brenner (becs à vis mobile) von letzterem empfangen habe, welche letztere Thatsache Kläger für die Eventualität eingeräumt hat, daß die vom Verklagten beigebrachte Rechnung Kirmaiers ächt sein sollte — während ein den Acten beigebrachtes Schreiben Dubourgs an Kirmaier vom 2. März 1865 eine solche Bestellung von 200 becs à vis mobile enthält.

Nicht weniger hat Verklagter ein Schreiben Doubourgs an C. Marin in Barcelona vom 27. Februar 1865 zu den Acten gebracht, worin jener diesem von seinen „nouveaux modèles de becs à cheminée mobile" anbietet, sowie ein ferneres Schreiben von Dubourg an F. Chovè in Bordeaux vom 27. März 1865, laut welchem er demselben becs à cheminée mobile übersendet.

Faßt man nun diese Thatsachen zusammen, so ist hergestellt, daß Kläger bereits im Januar 1865 Herrn Dubourg in Paris eine detaillirte Beschreibung seines Brenners gegeben,

und ihm auch ein Exemplar eines solchen mitgetheilt — daß ferner Dubourg die Ausbeutung der angeblich K.'schen Erfindung versuchte.

Es ist ferner — die Aechtheit der angezogenen Urkunden vorausgesetzt, welche Verklagter, da sie vom Kläger bestritten worden, darzuthun hat und mittelst aller zulässigen Beweismittel zu constatiren befugt ist — als feststehend zu betrachten, daß Dubourg Brenner wie die K.'schen bei Kirmaier in Paris anfertigen ließ, und solche nicht allein zum Verkaufe angeboten, sondern auch an Dritte übersandt hat.

Hiernach ist es unter der bezeichneten Voraussetzung für erwiesen zu erachten, daß die s. g. K.'sche Erfindung zur Zeit, wo der Kläger zuerst deren Patentirung nachsuchte, keine neue, also nicht patentfähig war.

Daß die Veröffentlichung der betreffenden Erfindung durch Herrn Dubourg unter Verletzung des von ihm versprochenen Geheimnisses, wie Kläger behauptet, stattgehabt, ist unerheblich, da auch durch eine unberechtigte Veröffentlichung die Erfindung die Patentfähigkeit verloren hatte.

Klostermann, a. a. O. S. 54 u. S. 55.

Wenn aber Kläger in seiner Replik weiter eingeräumt hat, daß Dubourg bereits unterm 22. April 1865 ein Patent auf die K.'sche Erfindung für Frankreich erwirkt hatte, so soll die Bedeutung dieser Thatsache für den vorliegenden Rechtsstreit in anderem Zusammenhange geprüft werden.

Das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen läßt sich hiernach in folgender Weise zusammenfassen:

Durch Vertrag vom 4. Januar 1866 verkaufte Kläger dem Verklagten die patentirte Erfindung eines Gasbrenners mit verschiebbarem Mantel, indem er sowohl nach Sinn und Laut des schriftlichen Vertrages wie auch durch eine mündliche Nebenberedung — in Ansehnung welcher eventuell die vom Verklagten bezeichneten Zeugen noch einzuvernehmen — die Zusage der Neuheit besagter Erfindung ertheilte. —

Diese Erfindung war aber schon zur Zeit, wo Kläger zuerst deren Patentirung nachgesucht hatte (20. April 1865), keine neue, denn sie war

einerseits durch Mack in Frankfurt, theilweise unter förmlicher Genehmigung des Klägers, veröffentlicht; andererseits Herrn Dubourg in Paris mitgetheilt, und von diesem in den Handel gebracht. —

Folgeweise ging der verkauften Erfindung eine zugesagte Eigenschaft ab, und ist demnach der Käufer, Verklagter und Widerkläger, berechtigt, sein volles Interesse mittelst der actio emti geltend zu machen, oder der exceptio und resp. actio redhibitoria sich zu bedienen.

II. Verklagter hat ferner den Vertrag vom 4. Januar 1866 um deßwillen beanstandet, weil ihm durch denselben das ausschließliche Recht auf die klägerische Erfindung habe übertragen werden sollen, ein solches Recht aber nicht übertragen worden sei.

Der Vertrag vom 4. Kanuar 1866 lautete (§ 1) dahin:

„Herr F. K. verkauft und hat verkauft an Herrn „Jul. Br. und demselben eigenthümlich überlassen und übertragen die ihm, dem Letztern, „patentirte Erfindung eines Gasbrenners mit verschieb„barem Mantel u. s. w."

In diesem Versprechen eigenthümlicher Ueberlassung war nun die Zusage eines ausschließlichen Rechtes enthalten, Herr K. war aber nicht im Stande, ein solches ausschließliches Recht zu überlassen, und hat es demnach auch nicht auf Herrn Br. übertragen.

Denn es entbehrte — wie in anderem Zusammenhange bereits gezeigt worden, die in Rede stehende Erfindung zur Zeit, wo zuerst Kläger um deren Patentirung nachsuchte — des Characters der Neuheit und daher der Patentfähigkeit. Somit war sie unfähig, Gegenstand eines ausschließlichen Rechts, eines sogenannten industriellen Eigenthums zu sein. Die für dieselbe bereits erwirkten und noch zu erwirkenden Patente waren nichtig.

Folgeweise ging der durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 verkauften Erfindung eine vertragsmäßig zugesagte Eigenschaft ab, die nämlich, daß sie sich als Gegenstand eines ausschließlichen Rechts qualificirte, und ist also auch von diesem Gesichtspunkte aus dem Käufer die actio emti auf das volle Interesse oder die actio redhibitoria begründet.

Zu diesem Ergebnisse gelangt man auch ohne Rücksicht auf den feststehenden Thatumstand, daß das von K. mitverkaufte Patentrecht für Frankreich erst am 26. April 1865 nachgesucht war, während Dubourg auf die nämliche Erfindung bereits unterm 22. April 1865 ein Patent erwirkt hatte.

Schon hiermit verliert denn die auf dieses Verhältniß basirte Deduction in dem vom Kläger eingeholten Rechtsgutachten ihre Bedeutung. Wenn nämlich daselbst gesagt wird, der vom Verklagten hervorgehobene Mangel der Ausschließlichkeit habe nur auf Frankreich Bezug, da nur für dieses Land Dubourg ein älteres Patent auf die K.'sche Erfindung gehabt habe, daß aber eine Verletzung des aus den übrigen Patenten begründeten Monopols oder auch nur eine Gefährdung derselben vom Verklagten nicht dargelegt worden sei, so ist hierbei übersehen, daß, ganz abgesehen vom Dubourg'schen Patente, die verkaufte Erfindung wegen bereits stattgehabter Veröffentlichung weder in Frankreich noch in Frankfurt patentfähig war.

Gegenstand des Vertrags vom 4. Januar 1866 war aber, wie schon früher gezeigt worden, nicht die Ueberlassung einer Anzahl erwirkter und noch zu erwirkender Patente, so daß mit dem vom Kläger beigebrachten Rechtsgutachten und der Ober-Appellations-Einführungsschrift angenommen werden könnte, die Patentunfähigkeit der Erfindung in einem gegebenen Lande, beziehungsweise deren Unfähigkeit in einem einzelnen Gebiete Gegenstand eines ausschließlichen Rechtes zu sein, vermöge jedenfalls nur zu einer theilweisen Redhibition zu führen.

Vielmehr hat der Kläger die ihm patentirte Erfindung sammt allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten dem Verklagten eigenthümlich überlassen; der Verkäufer hat demnach seinem Käufer ohne jede Beschränkung

ein ausschließliches Recht zugesagt, ihm eine Erfindung überlassen, für welche dieser überall, wo Erfindungspatente ertheilt werden, Anspruch auf ausschließliche Ausbeutung haben sollte oder noch sollte erwerben können. Verkauft wurden also nicht mehrere Sachen zusammen, unter welcher Voraussetzung allein eine theilweise Redhibition, und dies auch nur für den Fall möglich wäre, daß jene nicht als ein Ganzes verkauft worden, und daß eine Theilung füglich geschehen könnte;

l. 38 pr. und §§ 12. 13. D. de aedilitio edicto (21. 1).

Verkauft wurde vielmehr Ein Object, eine Erfindung, welche eigenthümlich überlassen wurde, d. h. als ein ausschließliches Recht, während der Mangel an Ausschließlichkeit, wenn er auch nicht für alle Gebiete vorhanden oder dargethan sein sollte, den Käufer zur Redhibition berechtigt.

§ 5.

Fortsetzung. — Die Anfechtung des Vertrags vom 4. Januar 1866 wegen dolus des Verkäufers.

Aus den vorausgegangenen Erörterungen ergibt sich, daß Verklagter den Vertrag vom 4. Januar 1866 sowohl excipiendo wie reconveniendo mit Grund beanstandet hat; weil die ihm verkaufte Erfindung der zugesagten Eigenschaft der Neuheit, resp. Patentfähigkeit, wie auch derjenigen eines Gegenstandes ausschließlicher Berechtigung entbehrt. Dessenungeachtet ist die Frage, ob der vom Verklagten dem Kläger gemachte Vorwurf, daß er den in Rede stehenden Vertrag durch wissentliches Verschweigen der Wahrheit erschlichen, für begründet zu erachten, von praktischer Bedeutung.

Zwar ist ein Kaufvertrag nicht um deßwillen nichtig, weil Seitens des Verkäufers Mängel des verkauften Gegenstandes wissentlich verschwiegen worden sind, oder weil jener, wie der Verklagte sich ausdrückt, das Geschäft durch wissentliche Verschweigung der Wahrheit erschlichen hat. Denn ungeachtet eines solchen dolosen Verfahrens des Verkäufers war doch der Wille

des Käufers vorhanden, den betreffenden Gegenstand, also hier die näher bezeichnete patentirte Erfindung, zu kaufen.

v. Savigny Syst. III. S. 112 ff. Windscheid Pandect. §. 78.

Wohl aber ist der Dolus des Verkäufers insoferne von Bedeutung, als er für den Käufer einen mit der actio emti zu verfolgenden Anspruch auf Schadloshaltung begründet, und als mit der Contractsklage die Rescission des Geschäftes herbeigeführt werden kann, wenn der Käufer dasselbe ohne den Betrug des Verkäufers nicht abgeschlossen haben würde.

l. 11 § 5. D. de actionib. emt. vend. (19 1.) u. Vangerow Pandect. (7. Auflage) Bd. III. S. 274. III. ff.

Indem nun der Anspruch des Käufers auf Schadloshaltung, beziehungsweise Rescission des Vertrags auf Grund des dolus des Verkäufers von besondern Zusagen (dicta et promissa) unabhängig ist, welche derselbe in Ansehnung der Eigenschaften des verkauften Objectes ertheilte, tritt die praktische Bedeutung der Frage, ob der dem Kläger gemachte Vorwurf arglistigen Verfahrens bei Abschließung des Vertrags vom 4. Januar 1866 begründet, für die Eventualität heran, daß man annehmen sollte, es habe Verkäufer seinem Käufer die Neuheit der verkauften Erfindung und deren Qualification als Gegenstand eines ausschließlichen Rechts nicht versprochen.

In diesem Sinne hat denn auch das appellationsgerichtliche Erkenntniß, indem es von der Prüfung abgesehen, ob eine derartige Zusage stattgefunden, die Rescission des Vertrags vom 4. Januar 1866 auf Grund des dolus des Klägers und Widerbeklagten ausgesprochen.

Und in der That läßt sich ein doloses Verfahren des Verkäufers bei Abschließung gedachten Vertrags nicht in Abrede stellen.

Einmal wußte Kläger, wie bereits im andern Zusammenhange hervorgehoben worden ist, daß Mack fertige und halbfertige Mäntel auf dem Werktische liegen hatte, daß derselbe die Vorzüge der K.'schen Brenner verschiedenen Personen angerühmt und solche Brenner zum Zwecke der Untersuchung und Erprobung käuflich und zwar für seine Rechnung überlassen hatte, sowie auch

daß dies Alles vor der Zeit geschehen war, zu welcher er (K.) zuerst um Patentirung seiner Erfindung eingekommen. Hiernach wußte Kläger, welcher schon als Associé Dubourgs vielfach mit Patenten zu thun gehabt hatte, daß die Neuheit und beziehungsweise Patentfähigkeit der Erfindung, welche er an den Verklagten verkauft, eine mindestens zweifelhafte war. Daß aber Kläger über die Bedenklichkeit jener Vorgänge wirklich im Klaren sich befand, ergibt sich daraus, daß er nach seiner eigenen Angabe Mack Vorwürfe wegen des Liegenlassens der Mäntel in dessen Werkstätte gemacht hatte.

Kläger wußte ferner, daß er Dubourg bereits im Januar 1865 eine detaillirte Beschreibung seiner Brenner gegeben und ihm einen solchen mitgetheilt hatte, sowie daß Letzterer ungeachtet des angeblich gegebenen Versprechens der Geheimhaltung die Ausbeutung der K.'schen Erfindung versuchte. Nicht weniger wußte Kläger nach seinem eigenen Eingeständnisse, daß Dubourg die Priorität dieser Erfindung für sich in Anspruch nahm und zu diesem Zwecke bereits gerichtliche Schritte eingeleitet hatte.

Ja es wußte endlich der Kläger, indem er die ihm patentirte Erfindung, sammt allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, insonderlich auch dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten Verklagtem eigenthümlich zu überlassen versprach, daß, während er sein französisches Patent am 26. April 1865 nachgesucht hatte, Dubourg auf die nämliche Erfindung bereits unter'm 22. April 1865 für Frankreich patentirt worden war, — eine Thatsache, welche K. seinem eigenen Bekenntnisse zufolge bereits unter'm 8. August 1865 in Erfahrung gebracht hatte.

Aus den bezeichneten feststehenden Thatsachen ergibt sich zur Genüge, daß Kläger zur Zeit der Abschließung des Vertrages vom 4. Januar 1866 Kenntniß davon hatte, daß die Patentfähigkeit der von ihm verkauften patentirten Erfindung mindestens eine problematische war, und daß insbesondere für Frankreich ein früheres Patent auf die nämliche Erfindung zum Vortheile Dubourg's existirte, welches durch seine Priorität die

Vermuthung der Gültigkeit für sich hatte. Er wußte demnach auch, als ein in dieser Branche erfahrener Geschäftsmann, daß das von ihm mitverkaufte französische Patent ungültig war, oder doch nur mittelst eines in Frankreich zu führenden, in seinem Ausgange zweifelhaften Rechtsstreits ein wirkliches Patentrecht gewähren konnte.

Der Verkäufer verschwieg sonach wissentlich Mängel des verkauften Objects.

Der Betrug desselben betraf aber nicht bloße Modalitäten des Geschäfts, sondern solche Mängel des verkauften Gegenstandes, welche die Annahme begründen, es würde Käufer ohne jenen dolus das Geschäft nicht abgeschlossen haben. Denn mochte das Motiv des Verklagten bei Abschließung des Vertrages vom 4. Januar 1866 auf die eigene Verwerthung der gekauften Erfindung gerichtet sein, oder mochte es nur dahin gehen, jeden Anderen von deren Ausbeutung auszuschließen, so würde er als verständiger Käufer ein solches Geschäft nicht eingegangen haben, sobald er gewußt hätte, daß die Neuheit und resp. Patentfähigkeit der betreffenden Erfindung problematisch, — dieselbe sogar in einem ausgedehnten Gebiete, mit Bezug auf welches der Vertrag mit abgeschlossen werden sollte, bereits bestritten; — daß in Folge des von Dubourg für Frankreich früher erwirkten Patents die anzukaufende Erfindung nur in Folge des glücklichen Ausgangs eines Rechtsstreits daselbst auszubeuten war, so wie sie auch allein unter einer solchen Voraussetzung Gegenstand eines ausschließlichen Rechtes für den Käufer sein konnte. Käufer würde eine solche Erfindung, für welche schon vor seinem Ankaufe ein Dritter ein Patent in Frankreich erwirkt, um so weniger gekauft haben, als durch das Dubourg'sche Patent für ihn die Erlangung weiterer Patentrechte in solchen Ländern gehindert oder doch wesentlich erschwert war, deren Gesetzgebung, wie z. B. das Oesterreichische Gesetz vom 15. August 1852 § 4. (Blanc & Beaune code général de propriété industrielle, p. 1231) den Grundsatz anerkennt, daß nur der Inhaber des ausländischen Patents für dessen

Dauer befugt ist, die Patentirung der betreffenden Erfindung im Inlande zu erlangen.

Gegen die Unterstellung eines dolosen Verfahrens des Klägers sucht freilich das von diesem beigebrachte Gutachten zweierlei auszuführen:

Es versucht einmal die Darlegung, daß das Verschweigen des Klägers, insbesondere hinsichtlich des Dubourg'schen Patents, kein arglistiges gewesen sei. Das bloße Kennen und Verschweigen gewisser Mängel des Kaufobjekts sei nämlich noch kein dolus; zu diesem gehöre vielmehr das Bewußtsein, daß die Offenbarung des betreffenden Umstandes den Entschluß des Käufers wesentlich bestimmt haben würde. Ein solches Bewußtsein sei aber beim Verkäufer K. nicht vorhanden gewesen; denn einmal habe derselbe nach der Natur des Patentverkaufs ein Interesse des Käufers an der Kenntniß des Dubourg'schen Patents nicht vorauszusehen gehabt, — und dann habe er, nach der ganzen concreten Sachlage — nur annehmen können, daß es dem Verklagten gar nicht, oder minder um die Patentrechte zu thun gewesen sei, als um die Ausschließung der klägerischen Concurrenz. Endlich sei Kläger von der Unbegründetheit der Dubourg'schen Ansprüche überzeugt gewesen.

Allein es stand, wie bereits wiederholt bemerkt worden, beim Vertrage vom 4. Januar 1866 nicht ein bloßer Patentverkauf in Frage; vielmehr handelte es sich dabei um die eigenthümliche Ueberlassung einer patentirten Erfindung mit allen daraus erwachsenen und herzuleitenden Rechten, mit dem Patentrechte und den schon erwirkten Patenten u. s. w. Folgeweise hatte Kläger allerdings nach der Natur des in Rede stehenden Verkaufs vorauszusetzen, daß die Kenntniß des Dubourg'schen Patents, sowie diejenige aller sonstigen Umstände, welche das zu verkaufende industrielle Eigenthum wesentlich zu entwerthen geeignet waren, für den Verklagten von Interesse war. Daß aber, nach Lage des Falles, K. nur habe voraussetzen können, es sei seinem Mitcontrahenten wesentlich nur um die Ausschließung der Concurrenz des Verkäufers zu thun gewesen, ist eine Annahme, die mit Fassung

und Inhalt des Vertrags vom 4. Januar 1866 in direktem Widerspruche steht; es ist mit anderen Worten die Unterstellung eines unbewiesenen und auch rechtlich irrelevanten Vertrags-Motivs. Nicht weniger unerwiesen, und rechtlich unerheblich ist endlich die Behauptung, daß Kläger von der Grundlosigkeit der Dubourg'schen Ansprüche überzeugt gewesen. Denn sieht man auch davon ab, daß eine Reihe von Thatsachen gegen die Wahrheit dieser Annahmen sprechen, wie namentlich die durch die Drohungen Dubourgs veranlaßte sofortige Reise K.'s nach Paris, wie ferner der Umstand, daß Letzterer, obwohl er bereits am 8. August 1865 Kenntniß von Dubourg's Patent hatte, gegen seinen früheren Associé in keiner Weise eingeschritten, — so wußte jedenfalls Kläger, welcher ja in Patentangelegenheiten bewandert, daß Dubourg durch sein früher erwirktes Patent die Vermuthung der Priorität der Erfindung und somit das ausschließliche Recht zu deren Verwerthung auf so lange hatte, als nicht eine gerichtliche Nullitätserklärung jenes Patents die gedachte Vermuthung beseitigt.

Wie also der Vorwurf des dolus vom Kläger durch die im Rechtsgutachten hervorgehobenen Momente nicht beseitigt zu werden vermag, so würde jedes in dieser Hinsicht obwaltende Bedenken, wenn ein solches noch möglich sein sollte, durch die Thatsache gehoben, daß Kläger bei Abschließung des Vertrags vom 4. Januar 1866 vor den Zeugen Dr. D. Th. u. Dr. Th. auf ausdrückliches Befragen geleugnet hat, daß auf die betreffende Erfindung bereits das Patent eines Andern vorhanden sei.

In dem bezeichneten Zweifelsfalle wäre der Beweis dieser vom Verklagten bereits in seiner Vernehmungs- und Widerklageschrift behaupteten Thatsache zu erheben.

Das Rechtsgutachten bestreitet jedoch die Arglist des Klägers nicht blos aus dem Grunde, weil derselbe bei seinem Verschweigen das Bewußtsein nicht gehabt habe, daß die Offenbarung der betreffenden Umstände für die Willensbestimmung des Käufers entscheidend sein mußte, sondern auch um deßwillen, weil das Verschweigen objectiv bedeutungslos gewesen sei; —

eine Bedeutungslosigkeit, welche wieder durch die Unterstellung dargelegt werden soll, es sei Kläger von der gerechtfertigten Voraussetzung ausgegangen, Verklagter habe bei dem Vertrag vom 4. Januar 1866 mehr die Sicherung seiner eigenen Construction wie die Benutzung der klägerischen intendirt. Indessen ist die Grundlosigkeit und rechtliche Unerheblichkeit jener Unterstellung bereits zur Genüge gezeigt worden, und bedarf es zu diesem Zwecke kaum noch der Bemerkung, daß zur Sicherstellung der eigenen Construction des Verklagten das Verbietungsrecht gegen jeden Dritten hinsichtlich des K.'schen Brenners erforderlich war.

Ungeachtet der Ausführungen des Rechtsgutachtens kann mit dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse nicht bezweifelt werden, daß Verklagter ohne das arglistige Verschweigen des Klägers den Vertrag vom 4. Januar 1866 nicht abgeschlossen haben würde, und daß jener demnach berechtigt ist, die Rescission des Geschäfts zu verlangen.

§ 6.

Der Einwand des Verkäufers, daß die Patente verfallen seien.

Das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen geht dahin:

Die durch Vertrag vom 4. Januar 1866 vom Kläger dem Verklagten verkaufte Erfindung entbehrt der zugesagten Eigenschaften der Neuheit und resp. Patentfähigkeit;

sie qualificirt sich ferner nicht als Gegenstand eines ausschließlichen Rechts, obwohl ein solches nach Maßgabe des Vertrags vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden sollte. —

Sonach hat der Verklagte und Widerkläger gegen den Kläger und Widerbeklagten die actio emti auf das volle id quod interest, sowie er statt dessen die Aufhebung jenes Vertrags mit der exceptio, resp. actio redhibitoria verlangen kann.

Die Rescission des Vertrags ist aber auch, abgesehen davon, daß das Kaufobject gegebene dicta et promissa nicht an sich

hat, dadurch begründet, daß Kläger solche Mängel des Kaufobjectes arglistig verschwiegen hat, bei deren Offenbarung Verklagter das Geschäft nicht abgeschlossen haben würde.

Gegen die Rescission des Vertrags und beziehungsweise die Redhibition ist jedoch Seitens des Klägers und Widerverklagten ein Haupteinwand erhoben worden, welcher, nachdem er durch das eingeholte Rechtsgutachten gebilligt, von Neuem in der Oberappellations-Einführungsschrift betont wird.

Dieser Einwand wurde in folgender Weise substantiirt:

Verklagter, welchem durch den Vertrag vom 4. Januar 1866

ein französisches Patent vom 26. April 1865,
ein belgisches vom 29. April 1865,
ein holländisches vom 18. August 1865,
ein englisches vom 29. Juli 1865,
ein nordamerikanisches vom 10. October 1865 übertragen worden seien, habe in keinem der gedachten Länder den patentirten Gegenstand ausgeführt, und dies namentlich nicht in denjenigen Zeitabschnitten gethan, in welchen die Ausführung bei Verlust des Patentes vorgeschrieben sei. Auch habe derselbe die Taxzahlungen nicht geleistet, welche in Frankreich und Belgien im April 1866 und 1867 bei Vermeidung des Patent-Verlustes zu leisten gewesen. In England habe er endlich die Cession nicht angezeigt.

Sonach seien die Patente in allen diesen Ländern erloschen, und sei daselbst Jedermann gestattet, die K.'sche Erfindung auszubeuten. Folgeweise sei Verklagter, da die Patenturkunden nunmehr werthlose Papiere seien, nicht im Stande, das gekaufte Object zu restituiren, und dadurch die Aufhebung des Vertrags ausgeschlossen.

Daß nun einzelne der an ihn abgetretenen Patente erloschen, hat Verklagter in seiner Duplik eingeräumt, indem er jedoch bemerkte, nicht lange Zeit nach dem Kaufabschlusse habe er Grund zum Argwohn bekommen, daß sein erkauftes Verbietungsrecht hinfällig sei, weil nämlich die Patente der Vorbedingung der Neuheit und Eigenthümlichkeit der Erfindung entbehrten. Deßhalb habe er sich entschlossen, keine weiteren

Opfer für Aufrechthaltung der K.'schen Patente zu bringen, sondern seine Zahlungsziele an K. nur noch bis dahin einzuhalten, bis er ihn durch vollgültige Beweise überführen und seine Rechte gegen denselben mit Erfolg geltend machen könnte. Sobald ihm dies gelungen, sobald er in den Besitz des Ueberführungs-Materials gelangt sei, habe er auch die Zahlungen an K. eingestellt.

Indessen vermag die Thatsache des Erlöschens einzelner der vom Verklagten durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 mit abgetretenen Patente den Anspruch desselben auf Redhibition, resp. Rescission des Vertrages nicht zu elidiren.

Es ist nämlich unbestrittenen Rechtens, daß der Untergang des Kaufobjektes der Redhibition nicht entgegensteht, und daß dies selbst dann nicht der Fall, wenn dieser Untergang vom Käufer verschuldet gewesen. So hindert nach der ausdrücklichen Erklärung unserer Quellen der Tod des verkauften Sclaven oder Thieres, selbst wenn er durch die Schuld des Käufers verursacht worden, die Redhibition nicht

l. 31 § 6, §§. 11—15, l. 38 §. 3, l. 44 §. 2, l. 47 §. 1, l. 48 D. de aedilicio edicto (21 1.)

Das Nämliche gilt aber auch hinsichtlich der Rescission des Kaufvertrags auf Grund der wegen Mangels eines dictum & promissum angestellten actio emti.

Arg, l. 47 pr. D. de aedilicio edicto (21. 1)

und muß nicht weniger, wie bereits die Entscheidungsgründe des appellationsgerichtlichen Urtheils mit Recht bemerkt haben, bezüglich der Rescission des Vertrags wegen dolus des Verkäufers Anwendung finden.

Anders verhält es sich freilich, wenn der Käufer sich freiwillig des gekauften Objects entäußert; hat er nämlich eine solche Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit des Kaufgegenstandes vorgenommen, so liegt darin ein Verzicht auf die Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den Verkäufer;

l. 47 pr, D. de aedilicio edicto (21 1.)

während eine ohne eine solche Kenntniß geschehene Alienation die Redhibition nur in so lange hindert, als der Käufer nicht

in der Lage ist, den betreffenden Gegenstand seinem Verkäufer zurückzugeben

l. 43, § 8. D. de aedilicio edicto (21. 1).

Windscheid, Pandect §. 394.

Indessen liegt ein Fall freiwilliger Entäußerung hier nicht vor; er wäre nur vorhanden, wenn der Verklagte die vom Kläger erworbenen Patente weiter abgetreten hätte.

Damit fällt aber auch die Argumentation, welche das vom Kläger beigebrachte Rechtsgutachten aus der Bestimmung der l. 47, pr. D. l. c. entnimmt, wonach der Käufer durch die Manumission des gekauften Sclaven die actio redhibitoria und quanti minoris verliert. Denn in der Manumission eines Sclaven liegt eine freiwillige Entäußerung, in dem Erlöschen von Patenten ein Untergehen der durch dieselben wirklich oder scheinbar begründeten Rechte, ein Absterben dieser Rechte, durch welches nach Maßgabe der Gesetze die Redhibition keinenfalls gehindert wird.

Wenn aber das Rechtsgutachten weiter behauptet, der Untergang des gekauften Objects stehe der Redhibition dann allein nicht entgegen, wenn er nach Entdeckung der redhibitorischen Fehler eingetreten, Verklagter habe jedoch die Patente erlöschen lassen, ehe und bevor er deren Mängel entdeckt, so beruht zunächst diese Ausführung auf einer unerwiesenen und beziehungsweise unwahren Thatsache, da Verklagter ausdrücklich erklärt hat, er habe die Patente um deßwillen verfallen lassen, weil er bald nach dem Vertrage vom 4. Januar 1866 Grund zum Argwohn bekommen habe, daß sein erkauftes Verbietungsrecht hinfällig sei. Diese Behauptung des Verklagten in der Duplik ist denn nicht allein durch keine actenmäßigen Momente ihrer Glaubwürdigkeit beraubt, sondern auch dadurch als eingeräumt zu betrachten, daß Kläger und Widerbeklagter dieselbe in seiner Schlußerklärung nicht bestritten hat.

Frankfurter Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen v. 21. Oct. 1848, §. 40.

Renaud, Civilprozeßrecht, S. 452.

Andererseits beruht die Argumentation des klägerischen Rechtskonsulenten auf dem nichts weniger wie feststehenden Rechtssatze, wonach der vor Entdeckung der Mängel eingetretene Untergang des Kaufobjects die Redhibition ausschließen soll. Daß ein solcher Rechtsgrundsatz nirgends ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen, ist in dem Endemann'schen Rechtsgutachten selbst anerkannt. Wenn in diesem aber weiter behauptet wird, die Quellen hätten nur an einen solchen Untergang des verkauften Objectes, welcher nach Entdeckung der Mängel sich ereignet, gedacht, so wird diese Behauptung durch den Wortlaut der Gesetze nicht gerechtfertigt. Weisen allerdings die Ausdrücke „Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent" (l. 47, § 1. D. l. c, — „Si mancipium quod redhiberi oporteret, mortuum erit (l. 31, §. 11, D. l. c.) auf solche Fälle des Untergangs einer gekauften Sache hin, in welchen die ädilicischen Klagen begründet, so sind diese Rechtsmittel nicht erst mit der Entdeckung der Mängel Seitens des Käufers, wie der Herr Rechtsconsulent meint, actiones natae, was nicht weniger von der actio emti auf Rescission des Kaufs gilt. Denn ist zwar die thatsächliche Veranlassung zur Klage und die Möglichkeit der Durchführung derselben durch die Entdeckung des Mangels der gekauften Sache bedingt, so ist die rechtliche Begründung des Rechtsmittels vom letzteren Zeitpunkte unabhängig, wie schon daraus sich ergibt, daß die Verjährung jener Klagen mit der Ablieferung der Waare unabhängig von der Entdeckung der Mängel ihren Lauf nimmt.

Allg. D. Hand. G. Art. 349.

Die Sache steht demnach einfach so:

Wären die Patente, welche durch den Vertrag vom 4. Januar 1866 Kläger an Verklagten abgetreten hat, nicht verfallen, so könnte letzterer aus den früher angeführten Gründen die Rescission jenes Vertrags, beziehungsweise die Redhibition verlangen.

Dieser Anspruch auf Rescission, resp. Redhibition ist dadurch nicht elidirt, daß die Patente oder einzelne derselben verfallen sind.

Gleichgültig ist in dieser Hinsicht, ob die Patente ohne die Schuld des Verklagten, oder durch dessen Schuld verfallen; da der vom Käufer verschuldete Untergang des gekauften Objects im Falle der Redhibition beziehungsweise Rescission des Kaufgeschäftes nur einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers begründet.

Indem aber Verklagter, wie nach dem früher Bemerkten als feststehend zu betrachten, die Patente um deßwillen verfallen ließ, weil er das damit erkaufte Verbietungsrecht wegen Mangels der Neuheit und Eigenthümlichkeit der Erfindung als hinfällig vermuthete, diese seine Vermuthung von der Patentunfähigkeit gedachter Erfindung sich aber als richtig erwiesen, kann ihn um deßwillen, weil er weitere Kosten zur Aufrechthaltung an sich nichtiger Rechte nicht machte, ein Vorwurf nicht treffen.

Wollte man jedoch von einer strengeren Auffassung ausgehen und sagen, Verklagter hätte mit Rücksicht auf die von ihm intendirte Redhibition die zur Aufrechterhaltung der miterkauften Patente nöthigen Schritte thun sollen, und ist. indem er dies nicht gethan, von dem Vorwurfe einer culpa nicht frei, so würde man prinzipiell zwar einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz für den Fall der Redhibition oder Rescission des Vertrags vom 4. Jan. 1866 statuiren müssen.

Allein es würde dieser Anspruch wegen Mangels an nachweisbarem Schaden und Schadensbetrage nicht zu verwirklichen sein. Denn es waren die verfallenen Patente, wenigstens mehrere derselben, an sich nichtig, und gaben sie deren Inhaber zwar dessenungeachtet einen Anspruch auf ausschließliche Ausbeutung der betreffenden Erfindung auf so lange, als jene Nichtigkeit nicht auf Antrag von Interessenten erklärt, so dürfte es unmöglich sein, den Werth eines solchen blos der Form nach bestehenden und von jedem, welcher dabei interessirt ist, anfechtbaren Rechtes

Französ. Ges. vom 5. Juli 1844, Art. 30 und Art. 34 flg.

darzuthun.

Wenn aber Kläger und Widerbeklagter eventuell wegen der verfallenen Patente einen Schadensersatzanspruch im Betrage von fl. 60,000 erhoben hat, so hat mit Recht das appellationsgerichtliche Erkenntniß denselben wegen gänzlichen Mangels an Substantiirung verworfen.

Aus diesen Gründen geht denn unser rechtliches Erachten dahin, daß Verklagter und Widerkläger mit vollem Rechte die Aufhebung des Vertrags vom 4. Januar 1866 verlangt hat, daß er sonach nicht allein mit Fug die weitere Zahlung des durch diesen Vertrag versprochenen Kaufpreises von fl. 60,000 verweigert, sondern auch die davon bereits bezahlten fl. 30,000 zurückgefordert hat.

Kaufgeschäft,

insbesondere Aufhebung eines solchen aus dem Gesichtspunkt des dolus.

I. Die Uebereinkunft, durch welchen die Uebertragung des Verlags- und sog. Eigenthumsrechts an einem Zeitungs-Unternehmen von Seiten des bisherigen Eigenthümers an einen Anderen gegen Zahlung eines Preises festgesetzt wird, stellt sich als ein gewöhnlicher Kaufvertrag, und nicht als eine Art von Rentenvertrag dar, auch wenn die Festsetzung des Preises in der Weise erfolgt, daß die Durchschnittserträge des Unternehmens während einer Anzahl Jahre ermittelt und zu Grunde gelegt werden.

II. Ein solcher Kaufvertrag erscheint seinem Object nach als ein gewagtes Geschäft, als ein aleatorischer Vertrag, bei dessen Abschluß es von künftigen Ereignissen abhängt, für welchen der Contrahenten das Geschäft Vortheil, und für welchen es Nachtheil bringen wird.

III. Durch die Aufnahme der Bestimmung in den schriftlich abgefaßten Vertrag, daß nach Unterzeichnung der Betheiligten und nach Zahlung der vereinbarten Abschlags-

zahlung der Verkäufer alsbald darüber Nachweis zu liefern habe, daß sich das jährliche Durchschnitts-Erträgniß während der bestimmten Anzahl Jahre auf die angegebene Summe berechnet habe, ist der Vertrag ein resolutiv bedingter geworden, indem das Geschäft als nicht geschlossen betrachtet werden sollte, wenn der Verkäufer den Käufern diesen Nachweis nicht alsbald lieferte.

IV. Sobald dieser Nachweis geliefert ist und die Käufer an dem vorausbestimmten Termine das Unternehmen übernommen haben, ohne Einwand erhoben zu haben, ist die Resolutiv-Bedingung, unter welcher der Kaufvertrag abgeschlossen war, deficirt und das Geschäft als ein unbedingtes zu betrachten.

V. Welches sind die von der Rescission des Kaufvertrags wegen dolus geltenden Grundsätze?

VI. Wann liegt insbesondere ein doloses Handeln des Verkäufers im Falle des Verschweigens gewisser Umstände vor?

Kann insbesondere in dem Verschweigen des Minderertrags in dem Jahre des Kaufabschlusses Seitens des Verkäufers im vorliegenden Falle ein doloses Verhalten gefunden werden, wenn die Ermittelung des Durchschnitts-Erträgnisses vertragsmäßig lediglich auf die fünf vorhergehenden Jahre beschränkt war?

VII. Ueber concludente Handlungen und ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben, durch welche der Verkäufer bei dem Käufer den Glauben hervorgerufen haben soll, daß die Rentabilität des Zeitungs-Unternehmens sich im Jahre des Vertrags-Abschlusses nicht oder doch nicht erheblich vermindert habe?

VIII. Kann insbesondere im Falle ausdrücklicher wahrheitswidriger Angabe bezüglich der Rentabilität im Jahre des Vertragsabschlusses Seitens des Verkäufers Aufhebung des Geschäfts verlangt werden, wenn die ursprüngliche Vertragsgrundlage, — Ermittelung des Durchschnitts-Erträgnisses in den vorausgegangenen fünf

Jahren nicht aufgegeben, vielmehr von den Contrahenten festgehalten ist?

IX. Ein Betrug, welcher nur geeignet war, auf die **Höhe** des zu vereinbarenden Kaufpreises einzuwirken, kann zwar eine Klage auf Entschädigung, dagegen nicht das Verlangen nach Aufhebung des Kaufvertrags begründen. Zu letzterem Zweck wird ein sog. **dolus causam dans** erfordert, d. h. ein Betrug, der sich dazu qualificirte, den Betrogenen zum Abschluß des Vertrags zu veranlassen.

X. Wenn im vorliegenden Falle die Käufer wußten, daß sie ein im Rückgang begriffenes Unternehmen erwarben, und dasselbe übernahmen, trotzdem sie die Bücher des Verkäufers eingesehen hatten, ohne Anstände geltend und ohne von der zu ihren Gunsten vereinbarten resolutiven Bedingtheit des Vertrags Gebrauch zu machen, und wenn es sich ferner bei den dem Vertrags-Abschluß vorangegangenen Unterhandlungen Seitens der Kaufliebhaber nur um den Preis handelte, welchen sie gewähren könnten, so liegt hier keinenfalls ein dolus causam dans vor, welcher allein den Antrag auf Vertragsaufhebung begründen könnte.

XI. Zur Begründung der actio emti auf Rescission des Kaufvertrags wird nicht der Beweis des subjectiven, inneren Vorgangs, daß der Käufer durch den an ihm verübten Betrug zum Kaufabschlusse bestimmt worden sei, erfordert, es genügt hierzu vielmehr die Darlegung, daß die Täuschung, in welcher sich der Käufer befand, geeignet war, auf den Entschluß eines verständigen Mannes in Betreff der Vertragsabschließung bestimmend einzuwirken.

XII. Für den Entschluß eines Kaufliebhabers, ein gegebenes Zeitungsunternehmen anzukaufen, sind die Ertragsverhältnisse des laufenden Jahres nichts Wesentliches, wenn sie auch für die Preisbestimmung von Einfluß sein können. Sie sind umsoweniger für den Entschluß des

Käufers „ut emeret“ maßgebend, als eine Zeitung deren hoher Ertrag in den nächst vorhergehenden Jahren bekannt ist, wenn sie auch noch so sehr momentan an Abonnenten und Annoncen Einbußen erlitten haben sollte, jeder Zeit möglicherweise wieder auf die Höhe gebracht werden kann.

Rechtsgutachten

in Sachen des Herrn K. V. in F, Verklagten und Widerklägers, Appellanten und Oberappellaten, wieder die Gebrüder Fr. W. und Ph. R. Pf. und die Wittwe J S. K. Pf., geb. S., Kläger und Widerbeklagte, Appellaten und Oberappellanten, Aufhebung eines Kaufvertrags betreffend.

Durch einen im August 1878 abgeschlossenen Vertrag verkaufte Herr K. V. in F. an die Herren F. W. und Ph. R. Pf. daselbst das Verlags- und Eigenthumsrecht am „F. Anzeiger“ nebst Beiblättern für die Summe von 200,000 M. Die Uebergabe geschah gegen die vereinbarte Anzahlung von 15,000 Mk. am 1. October 1878, von welchem Zeitpunkte an die Käufer den Verlag des Anzeigers betrieben. Doch scheinen dieselben hierbei ihre Rechnung nicht gefunden zu haben. Sie strengten zugleich mit der Wittwe J. S. K. Pf. geb. S., welche sich für die von den Käufern übernommenen Verbindlichkeiten verbürgt hatte, als Mitklägerin, beim k. Stadtgerichte in Fr. gegen Herrn K. V. eine Klage an, durch welche sie in erster Linie die Aufhebung des Kaufvertrags verlangten. Ihr Klagebegehren begründeten sie damit, daß sie zu dem sie benachtheiligenden Geschäfte durch den dolus des Verkäufers, und zwar theils durch wahrheitswidrige Angaben, theils durch ein arglistiges Verschweigen, veranlaßt worden seien.

Nach stattgehabter Verhandlung der Sache wurde durch Urtheil der Hülfskammer des k. Landgerichts dem Klagesuchen gemäß der in Frage stehende Kaufvertrag für aufgehoben erklärt, dieses Erkenntniß jedoch auf die vom Verklagten hiergegen ergriffene Appellation durch das k. Oberlandesgericht beseitigt, und zugleich die endliche Entscheidung des

Streits von der Erbringung eines den Klägern noch auferlegten Beweises, dessen Thema später bezeichnet werden soll, abhängig gemacht.

Bei dieser Sachlage, bei welcher, da der Rechtsstreit nach dem alten Prozeßrechte geführt wird, noch das Rechtsmittel der Oberappellation an das Reichsgericht gegeben und von Seiten der Kläger ergriffen worden ist, sind wir im Auftrage des Herrn Verklagten durch dessen Rechtsanwalt um die Erstattung eines rechtlichen Gutachtens über die Begründetheit der Klage sowie über die Richtigkeit der auf dieselbe in beiden Instanzen ergangenen Urtheile ersucht worden.

Behufs einer sicheren Prüfung der Rechtsfrage, ob und inwieferne der zwischen Herrn K. V. einerseits und den beiden Herren Pf. andererseits abgeschlossene Vertrag wegen arglistigen Verhaltens des Verkäufers zu rescindiren sei und ob letzterem überhaupt dolus hinsichtlich des betreffenden Geschäfts vorgeworfen werden könne, mußte zunächst von einer genauen Prüfung und Darlegung der thatsächlichen Verhältnisse ausgegangen werden.

I. Die thatsächlichen Verhältnisse.

§ 1.

Die dem Vertragsabschlusse vorausgegangenen Verhandlungen; der Vertrag selbst.

Im Jahre 1876 hatte Herr K. V., der jetzige Beklagte, von Herrn K. S. in F. das Verlags- und Eigenthumsrecht an dem F. Anzeiger nebst Beiblättern um die Summe von 257.000 Mk. erstanden und den Betrieb des Blattes am 1. April 1876 übernommen.

Vor Ablauf der ersten Hälfte des Jahres 1878 erhielt Herr V. ein vom 24. Juni datirtes Schreiben des Herrn L. in F., worin dieser ihm mittheilte, er habe Seitens eines hiesigen achtbaren Mannes den Auftrag, Information bezüglich der käuflichen Acquisition eines Frankfurter Zeitungsblattes namentlich des Anzeigers, einzuholen, und werde nicht ermangeln,

mit Herrn V., falls derselbe zum Verkaufe des Blattes geneigt sei, in weitere directe Unterhandlung zu treten.

Anl. B. Zur Vernehmlassung und Widerklage.

Die Erwerbung des dem jetzigen Herrn Verklagten angehörigen Zeitungs-Unternehmens wurde damals auch von anderer Seite angestrebt. Bereits im Monat März oder April 1878 waren bezügliche Eröffnungen an Herrn V. gemacht worden. Männer, die sich bei jenem Erwerbe zu betheiligen gedachten, nämlich Herr Buchdruckereibesitzer F. und der Redacteur des Blattes Herr R., hatten den Plan gefaßt, ein Kapital von 200,000 Mk. als Ankaufssumme durch Begebung von Actien zusammenzubringen; und es hatte dieser Gedanke dadurch eine bestimmtere Gestaltung erlangt, daß das nöthige Geld von einigen der ersten F. Banquiers zur Verfügung gestellt werden sollte.

Erklärung des Herrn J. F. Anlage P. Zur Schlußerklärung des Verklagten.

Unter solchen Umständen fand am 11. Juli 1878 zwischen Herrn V. und den beiden Herrn Pf., den gegenwärtigen Mitklägern, eine durch Herrn L. vermittelte Conferenz in des letzteren Gegenwart statt.

Bei dieser Zusammenkunft stellte Herr V. von vornherein für einen vorzunehmenden Verkauf des „F. Anzeigers" als Basis auf, es solle das Geschäft auf Grund des nachzuweisenden Durchschnittserträgnisses der letzten fünf Jahre, d. h. der Jahre 1873, 1874, 1875, 1876 und 1877 abgeschlossen werden, — eines Durchschnittserträgnisses, welches sich für die genannten fünf Jahre auf circa 37,000 Mk. beziffere.

Hierbei erklärte Herr V., hinsichtlich des Erträgnisses der Jahre 1873, 1874, 1875, d. h. einer Zeit, zu welcher das Blatt nicht ihm, sondern seinem Rechtsvorgänger Herrn K.-Sch. gehörte, werde er eine schriftliche Erklärung des letzteren beibringen. — Hinsichtlich des ersten Quartals 1876, während dessen das Unternehmen noch im Eigenthum seines Vorgängers stand, habe ihm dieser, Herr K.-Sch., keinen genauen Rentabilitäts-Nachweis zu liefern vermocht; deßhalb solle der Nutzen dieses Viertel-

jahres im Verhältnisse zu dem Gewinne der übrigen drei Quartale des Jahres 1876 veranschlagt werden. Im Uebrigen werde er für die Jahre 1876 und 1877 seine Bücher, deren Richtigkeit er jeder Zeit beschwören könne, vorlegen.

Das Geschäft könne auf den 1. October d. J. übernommen werden.

Der von ihm geforderte Preis betrage 250,000 Mk.

Anl. D. Zur Vernehmlassung und Widerklage.

Unterm 23. Juli 1878 schrieb der eine der jetzigen Mitkläger, Herr F. W. Pf., an den Unterhändler L.:

In Folge der mündlichen Besprechung mit Herrn V. sei es möglich, wenn dieser etwas mehr die Hand dazu biete, das fragliche Geschäft abzuschließen.

Herrn V. sei die Verbesserung des Blattes durch die Einrichtung des zweiten Blattes in keiner Weise abzusprechen; — doch habe durch diese Neuerung vor einem halben Jahre entschieden die Rentabilität des Blattes leiden müssen. Er, der Schreiber des Briefes, glaube nicht, daß die Abonnenten-Zahl im Verhältnisse zu den Mehrausgaben gestiegen sei

Es sei dies mithin eine Sache, mit der viel zu rechnen sei.

Das Blatt habe mit der Veränderung einen Vorschritt von den Tagesblättern zu den großen Zeitungen gemacht und sei doch eigentlich kein politisches Blatt. Die Annoncen würden verzettelt und verlören an Gesammteindruck. Deßhalb glaube er, es dürfte bezüglich des Preises ein größeres Entgegenkommen des Herrn V. zu erwarten sein.

In dem nämlichen an Herr L. gerichteten Schreiben erklärte Herr F. W. Pf. weiter:

Die fünfjährige Rentabilität sei sehr angenehm. Die Berechnung indessen darauf zu basiren, halte er für entschieden falsch. Die Verhältnisse in den letzten drei Jahren seien entschieden nicht allein für Frankfurt, sondern für ganz Deutschland andere geworden.

Daß der Schreiber unter diesem „anders geworden sein," einen Rückgang der Verhältnisse, eine in den letzten drei Jahren eingetretene Verschlechterung derselben meint, steht nach den weiteren Ausführungen des Briefes außer jedem Zweifel.

Wenn er sich nun, so fährt Herr F. W. Pf. fort, aus den Andeutungen der Herren B. und L. die Rentabilität der letzten zwei Jahre, (abgesehen von dem letzten halben Jahre, das doch wohl viel schlechter sein dürfte) zusammenreihe, so glaube er immer erst auf die Summe von 200,000 Mk. zu kommen.

Für diese Summe, erklärte er, wären wir bereit, sofort weiter zu verhandeln.

Herr F. W. Pf. schloß mit der an Herrn L. gerichteten Bitte, von diesem Monologe Herrn B. Kenntniß zu geben.

Anl. E. Zur Vernehmlassung und Widerklage.

Diesem Schreiben folgte unterm 29. Juli 1878 ein Brief des anderen Mitklägers, Herrn R. Pf., an Herrn L, welcher einfach besagte:

nach reiflicher Ueberlegung hielten sie an dem bereits gebotenen Preise von 200,000 Mk. fest; die Bedingungen der Uebernahme, abgesehen von einigen anderen für die vorliegende Streitsache unerheblichen Punkten, seien:

5-jährige Bilanz;

durchschnittlicher Ueberschuß 37,000 Mk.

Anl. F. Zur Vernehmlassung und Widerklage.

Nachdem hierauf noch einige Verhandlungen in Beziehung auf die Zahlungsbedingungen, die Uebernahme von Papiervorräthen und Mobiliar stattgefunden, wurde der Vertrag vom 2. August abgeschlossen und der Betrag von 20 Mk. als gemeinschaftlicher Gottespfennig durch Herrn L. der Bernhardsstiftung in F., deren Quittung von demselben Datum den Acten beiliegt, übergeben.

Anl. K. Zur Vernehmlassung und Widerklage.

Der erst am 16. August 1878 in eine Privaturkunde gefaßte und durch die Contrahenten unterzeichnete Vertrag besagte,

soweit dessen Inhalt für die Beurtheilung der vorliegenden Streitsache erheblich ist:

§ 1. „Es verkauft Herr K. V. an die Herren F. W. „Pf. und Ph. R. Pf. das Verlags- und Eigenthumsrecht „des „F. Anzeigers“ nebst Beiblättern für die Summe „von 200,000 Mk.“

§ 5. „Die Uebernahme des Kaufobjects Seitens der „Käufer findet am 1. October 1878 statt.“

§ 6. „Nachdem sämmmtliche Betheiligte diesen Ver„trag unterzeichnet haben und die Anzahlung von 15,000 „Mk. geleistet ist, hat Verkäufer alsbald darüber Nach„weis zu liefern, daß sich das jährliche Durchschnitts„erträgniß des „F. Anzeigers“ während der Jahre 1873 „bis 1877 inclusive . . . auf mindestens 37,000 Mk. be„rechnet.“

„Ueber die Art dieses Nachweises ist im Hinblick auf „die am 11. Juli d. J. vom Verkäufer den Käufern ge„machten Mittheilungen Folgendes zu bemerken:

„a. Die Erträgnisse von 1873—75 inclusive sind in „dem Briefe des früheren Eigenthümers des „F. Anzeigers,“ „Herrn C. Kr.-Sch., an Herrn K. V. vom 27. Juni d. „J. nachgewiesen. Es ist also bezüglich der Jahre 1873, „1874 und 1875 der obgedachte Nachweis durch Vorlage „jenes Schreibens zu führen.“

„b. Was das Erträgniß des Jahres 1876 betrifft, so „hat Herr Kr.-Sch. für das I. Quartal keinen genauen „Rentabilitäts-Nachweis liefern können, weßhalb der Nutzen „dieses Vierteljahres im Verhältniß zu den übrigen Quar„talen des Jahres 1876 zu ergänzen ist.“

„c. Für die erwähnten letzten drei Quartale des Jahres „1876, sowie für das Jahr 1877 legt Verkäufer seine „Geschäftsbücher den Käufern vor.“

§ 7. „Nach Unterzeichnung des gegenwärtigen Ver„trags und nach Leistung der mehrgedachten Anzahlung „steht den Käufern ferner die Einsicht in sämmtliche Bücher, „Acten und Scripturen des Geschäfts zu; es sind ihnen

„demgemäß auch alle Aufschlüsse über diejenigen Puncte „unweigerlich zu ertheilen, welche vorher als Geschäfts„geheimniß behandelt werden mußten, wie z. B. der Status „der ständigen Saläre u. s. w."

§ 2.

Fortsetzung. — Die Vorgänge nach Abschluß des Vertrags. — Die Lage des Rechtsstreits.

Bereits am 17. August 1878, also am Tage nach der Vertragsunterzeichnung wurde von Herrn V. den Gebrüdern Pf. der im Vertrage § 6 unt. a. angezogene Brief des Herrn Kr.=Sch. nebst einer Berechnung des Durchschnitts=Erträgnisses des „F. Anzeigers" für die Jahre 1873—1877 übergeben.

Diese Berechnung ergab:

Pro 1873		42,912	Mk.	
„ 1874		44,300	„	57
„ 1875		41,226	„	
„ 1876 (3 Quartale) .	29,338 Mk. 26			
+ 1/3 = (1 Quartal ergänzt)	9,779 „ 42			
	.	39,117	„	68
Pro 1877		20,564	„	33
		188,130	Mk.	58

Anl. L. Zur Vernehmlassung und Widerklage, was einen jährlichen Durchschnitt von 39,624 Mk. 11 Pf. darstellte.

Auch nahmen die Käufer von den Geschäftsbüchern des Verkäufers Einsicht, und zwar nach der Behauptung des Herrn V. sofort, d. h. den nämlichen 17. August,

S. auch Schlußerklär. pag. 8.

nach der Aussage der Herren Pf. gegen Ende September.

Replik. pag. 8.

Wie dem auch sein möge, so erbat sich Herr F. W. Pf. in einem am 23. August 1878 an Herrn V. gerichteten Schreiben die Erlaubniß aus, den mit dem 1. October stattfindenden Ueber=

gang des Verlagsrechts des „F. Anzeigers" an die Herren Pf. öffentlich bekannt zu machen,

Anl. M. Zur Vernehmlassung und Widerklage

eine Bekanntmachung, welche denn auch mit Einwilligung des Verkäufers geschah.

Auch fand am 1. October 1878, wie dies vertragmäßig vorgesehen war, die Uebernahme des Blattes durch die Käufer statt; es geschah diese Uebernahme ohne alle Verwahrung oder Beanstandung seitens der letzteren.

Ja, es schrieb noch am 10. Dezember 1878 Herr F. W. Pf. in der höflichsten Weise an Herrn V., indem er diesen freundlichst bat, ihm die Geschäftsbücher des „F. Anzeigers" aus der Zeit der Geschäftsführung desselben zur Verfügung zu stellen, da er gerne daraus eine geschäftliche Notiz entnähme. Er ersuchte, ihm hierzu Ort und Zeit zu bestimmen,

Anl. N. Zur Vernehmlassung und Widerklage

was denn auch sofort geschah.

Erst unterm 3. April 1879 ließen die Gebrüder Pf., bei Gelegenheit der Bezahlung der Zinsen vom restirenden Kaufpreise von 185,000 Mk. für die Zeit vom 1. October 1878 bis 1. April 1879, Herrn V. durch Notar erklären, sie bezahlten nur unter Protest und unter Vorbehalt der Rückforderung, indem sie den Vertrag, welchen sie nicht als rechtsgültig anerkennten, auf dem Rechtswege anzufechten beabsichtigten.

Anl. 4. Zur Klageschrift.

Unterm 11. April 1879 aber schrieben die Herren F. W. Pf. und R. Pf. an Herrn K. V., sie hätten nach reiflicher Prüfung der Verhältnisse die Ueberzeugung gewonnen, daß die Angaben, welche derselbe ihnen vor Abschluß des Vertrags vom 16. August 1878, betreffend den Ankauf des „F. Anzeigers" nebst Beiblättern, über die Rentabilität des Blattes, sowie über die den Bezug des Papiers, Satz und Druck betreffenden Vereinbarungen gemacht hätte, wissentlich unrichtige gewesen seien.

Sie hielten sich daher für berechtigt, den genannten Vertrag als rechtsungültig anzufechten, möchten jedoch, ehe sie den

Rechtsweg beschritten, den Versuch einer gütlichen Erledigung nicht unterlassen u. s. w.

Anl. 5. Zur Klageschrift.

In einem vom 15. April 1879 datirten Schreiben an die Gebrüder Pf. erwiederte Herr Dr. jur. J. Fr. im Auftrage des Herrn V., daß dieser die Behauptung, in welcher jene einen Grund der Anfechtung des Vertrags fänden, nicht weniger wie das Ansinnen der Vertragsaufhebung zurückweise, und daher keinen Anlaß habe, auf einen Versuch gütlicher Erledigung der Angelegenheit einzugehen. Auch behalte sich Herr V. die weitere Erwägung vor, ob er wegen der gegen ihn gewagten ehrenrührigen Beschuldigung an competenter Stelle vorgehen solle.

Anl. 6. Zur Klageschrift.

So wurde nunmehr durch die Herren F. W. Pf. und Ph. R. Pf., welchen sich die Bürgin Wittwe J. S. K. Pf. beigesellte, am 27. September 1879 beim k. Stadtgerichte in F. gegen Herrn K. V. Klage erhoben.

Bei der Darstellung der thatsächlichen Vorgänge weichen die Kläger in zweifacher Hinsicht von demjenigen ab, was der schriftliche Vertrag und die demselben vorausgegangenen Verhandlungen, soweit diese urkundlich vorliegen, besagen.

Einerseits behaupten sie, — und dies spricht zu Gunsten des Verklagten, es habe derselbe bei der Zusicherung, daß der Durchschnitts-Ertrag des „F. Anzeigers“ in den Jahren 1873 bis 1877 sich auf 37,000 Mk. belaufen habe, beigefügt „auch „das schlechteste Jahr habe nie einen geringeren Ge„winn als 20,000 Mk. ergeben.“

S. auch Replik. pag. 19.

Andererseits besagt die Klage, es habe Herr V. bei den dem Abschlusse des Geschäfts vorausgegangenen Verhandlungen erklärt, bei dem von ihm zu liefernden Nachweise über das Durchschnitts-Erträgniß des „F. Anzeigers“ solle das laufende Jahr außer Betracht bleiben, weil es nicht beendigt sei, dasselbe sei aber bis jetzt nicht wesentlich schlechter, als die früheren Jahre.

Hieran knüpfen nun die Kläger zunächst an. Sie behaupten, daß in den drei ersten Quartalen des Jahres 1878, d. h. vom 1. Januar bis 1. Oktober 1878, oder mit a. W. bis zur Uebernahme des Blattes durch die Käufer, die Zeitung nicht nur überhaupt keinen Gewinn abgeworfen, sondern sogar einen Verlust von 2733 Mk. 40 Pf. ergeben habe, wie die auf Grund der Beklagte'schen Bücher und Aufzeichnungen gefertigte und Anl. 2 zur Klage beigelegte Bilanz nachweise. Diese Thatsache habe Herr V. gekannt, resp. kennen müssen. Dieser habe demnach seine Käufer in der arglistigsten Weise getäuscht und hintergangen, denn er habe:

1. arglistig verschwiegen, daß das Blatt in den dem Verkaufe unmittelbar vorhergehenden drei viertel Jahren nicht nur keinen Gewinn, sondern erheblichen Verlust erzielt habe; er habe auch

2. durch concludente Handlungen und

3. durch ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben bei den Klägern den Glauben hervorgerufen, daß die Rentabilität des Blattes sich in den letzten drei Quartalen nicht oder doch nicht erheblich vermindert habe.

Noch in anderer Hinsicht werfen die Kläger dem Verklagten ein doloses Verfahren, durch welches er sie zum Kaufabschlusse veranlaßt habe, vor.

Herr V. habe die Gebrüder Pf. veranlaßt, sich mit dem in § 6 des Vertrags stipulirten Nachweise der Durchschnittsrentabilität der Jahre 1873 bis 1877 zu begnügen. Diesen Nachweis habe der Beklagte insoferne scheinbar erbracht, als das Gesammtergebniß dieser Jahre dividirt durch fünf einen Quotienten von nicht viel unter 37,000 Mk. ergebe. Wenn man aber, um den wahren Werth einer fruchttragenden Sache zu bestimmen, als das sicherste Mittel die Feststellung des Durchschnittserträgnisses ansehe, so gehe man von der Voraussetzung aus, daß der Gewinn zwar ein veränderlicher sei, um ein bestimmtes Niveau fluctuire und abwechselnd steige und falle, daß jedoch dieser Fluctuation eine gewisse Gesetzmäßigkeit zu Grunde

liege, indem das Steigen und Fallen des Gewinnes sich gegenseitig ablöse, und in einem größeren Zeitraume wieder ausgleiche.

Dagegen könne man von einem Durchschnittserträgnisse dann nicht reden, wenn der Gewinn einer Sache sich von Jahr zu Jahr consequent vermindert habe; jedenfalls könne das für eine bestimmte Reihe von Jahren ermittelte Durchschnittserträgniß keinen Maaßstab für die Rentabilität der Sache bilden.

Indem nun Herr V. durch § 6 des Vertrags versprochen habe, für die Jahre 1873 bis 1877 ein Durchschnittserträgniß von 37,000 Mk jährlich nachzuweisen, habe er bei den Gebrüdern Pf. den Glauben hervorrufen müssen und auch hervorgerufen, daß der Gewinn in diesem Zeitraume ein fluctuirender gewesen sei. Statt dessen habe sich ergeben, wie Anlage 3 zeige, daß die Rentabilität des Unternehmens in den kritischen fünf Jahren sich fortwährend und zwar sehr erheblich vermindert habe. Während diese Thatsache aber dem Beklagten bekannt gewesen sei und beziehungsweise habe bekannt sein müssen, unterliege es keinem Zweifel und werde auch auf das Entschiedenste behauptet, daß Kläger den Vertrag nicht abgeschlossen haben würden, wenn ihnen der fortwährende Rückgang des Blattes in den fünf Jahren bekannt gewesen wäre.

Der dem Verklagten sonach in zweifacher Beziehung zur Last fallende d o l u s rechtfertige die Bitte, es möge das k. Landgericht den Vertrag vom 16. August 1878 für aufgehoben erklären und die Kläger gegen Rückgabe des Kaufobjects von allen Verpflichtungen aus diesem Vertrage entbinden, auch aussprechen, daß Verklagter zur Rückzahlung der angezahlten 15,000 Mk. nebst 6% Zinsen vom Tage der Klage an, zur Rückerstattung der bisher bezahlten Zinsen vom Kaufpreise mit 6% Zinsen, sowie zum Ersatze des entstandenen und noch entstehenden Schadens, s. Liq. schuldig sei.

In einem Nachtrage zur Klage wurde eventuell, d. h. für den Fall, daß angenommen werden sollte, es sei das dolose Verfahren des Herrn V. nicht geeignet, den Antrag auf Vertragsaufhebung zu begründen, um Verurtheilung desselben zum Schadenersatz gebeten. Dieses Gesuch wurde näher dahin formulirt,

es sei Verklagter für schuldig zu erklären, den Betrag der auf den Kaufpreis empfangenen Anzahlung nach Abzug des Werthes mit [übergebener Mobiliar-Stücke mit 14,111 Mk. nebst 6% Zinsen vom Tage der Klage, ferner die an Zinsen vom Kaufpreise empfangenen 4394 Mk. 75 Pf. nebst 6% Zinsen zurückzuerstatten, sowie den sonst entstandenen und noch entstehenden Schaden nach vorgängiger Liquidation zu ersetzen.

Aus der Vernehmlassungs-Schrift nebst Nachtrage genügt es für jetzt hervorzuheben, daß beklagterseits die Aeußerungen, welche die Kläger Herrn V. hinsichtlich der Rentabilität des „F. Anzeigers" im Jahre 1878 in den Mund legen, entschieden geleugnet wurden.

S. auch die Schlußerklärung des Beklagten pag. 4. 5.

Indem ferner das dolose Verhalten des Verkäufers beim Kaufabschlusse bestritten und die Darlegung versucht ward, daß die bezüglichen gegnerischen Ausführungen eines jeden Grundes entbehrten, wurde auf Abweisung der Klage mit dem principalen und dem eventuellen Gesuche geschlossen.

Zugleich mit seiner Vernehmlassung auf die Klage stellte Verklagter gegen die drei Mitkläger eine Widerklage an, welche sich darauf gründete, daß die Käufer und deren Bürgin die am 1. October 1879 fällige Capitalrate von 12,000 Mk. bis zum 15. October 1879 nicht bezahlt, und daß sie ebensowenig die Jahreszinsen aus der restirenden Kaufsumme von 185,000 Mk. vom 1. April 1879 bis 1. October 1879 berichtigt hätten. Daher wurde auf Grund des Vertrags §§ 1, 2, 3, um die solidarische Verurtheilung der Mitkläger zur Zahlung des Betrags von 185,000 Mk. nebst Zinsen gebeten.

Nachdem nun von Seiten der Kläger eine Gegenerklärung eingereicht worden, und von Beklagter Seite eine schriftliche Schlußerklärung stattgefunden, erging bei der Hülfskammer des k. Landgerichts das am 18. October 1880 verkündete und am 27. October dem Rechtsanwalte des Herrn V. zugestellte Urtheil:

„daß der zwischen den Parteien am 16. August 1878

„geschlossene Vertrag über den Verkauf des Verlags- und „Eigenthumsrechts des „F. Anzeigers" für aufgehoben zu „erklären; der Beklagte unter Abweisung mit der erhobenen „Widerklage zur Zahlung von 15,000 Mk. nebst 6% „Zinsen, seit 25. Septbr. 1878 und von 4393 Mk. 75 „Pf. nebst 6% Zinsen seit dem 3. April 1879, sowie „zum Ersatze allen den Klägern durch den Abschluß und „die Erfüllung des gedachten Vertrags entstandenen und „entstehenden Schadens zu verurtheilen, demselben endlich „auch die Kosten in Vor- und Widerklage zur Last zu „legen."

Das Urtheil, dessen Begründung später näherer Prüfung unterzogen werden soll, geht davon aus, daß Verklagter, wie aus den Acten sich ergebe, sich eines durch hinterlistiges Verschweigen begangenen dolus schuldig gemacht habe, indem er ungeachtet eigenen Wissens den Käufern nicht mitgetheilt habe, daß der Betrieb seines Zeitungsverlags im Jahre 1878 bis zum Tage des Verkaufs nicht nur keinen Gewinn, sondern Verlust ergeben habe, während die Kaufliebhaber, wenn sie diese Thatsache gekannt hätten, den Kauf nicht, wie geschehen, abgeschlossen haben würden.

Von Seiten des Beklagten und Widerklägers wurde gegen das Urtheil des k. Landgerichts das Rechtsmittel der Appellation eingelegt und eingeführt, indem sich Appellant gegen dasselbe dessen ganzem Inhalte nach für beschwert erklärte.

Nach stattgehabter Verhandlung der Appellation erging beim II. Civilsenat des k. Oberlandesgerichts das beiden Theilen am 30. April 1881 zugestellte Urtheil, durch welches zu Recht erkannt wurde:

„Das Urtheil der Hülfskammer des k. Landgerichts „vom 13. October 1880 wird aufgehoben und haben „Kläger binnen von diesem Gerichte vorzuberaumender „Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, zu beweisen: daß „ihnen Beklagter bei den wegen Verkaufs des „F. An-„zeigers" gepflogenen Verhandlungen erklärt habe, das

„Erträgniß des Jahres 1878 sei kein wesentlich schlechteres „als das der Vorjahre.

„Die Kosten dieser Instanz werden gegeneinander auf„gehoben."

Gegen dieses Erkenntniß wurde Namens der Kläger unterm 2. Mai 1881 das Rechtsmittel der Oberappellation eingelegt.

II. Die rechtliche Beurtheilung des Streitverhältnisses.

§ 3.

Die Natur des angefochtenen Geschäfts. Die rechtliche Bedeutung des Verhaltens der Käufer nach abgeschlossenem Vertrage.

Die vorliegende Klage ist in ihrer Begründung wie ihrem Gegenstande nach nicht die redhibitorische Klage, sondern die actio emti, welche, was das principale petitum anbetrifft, in der Richtung angestellt ist, daß die Käufer die Rescission des Vertrages wegen eines dolus causam dans des Verkäufers verlangen.

In der That erscheint der unter'm 2. Aug. 1878 mündlich abgeschlossene und am 16. August des nämlichen Jahres schriftlich abgefaßte Vertrag als ein gewöhnlicher Kaufvertrag, dessen Gegenstand die Uebertragung des Verlags- und sog. Eigenthumrechts an dem „F. Anzeiger", mit a. W. die Abtretung eines bestehenden Zeitungs-Unternehmens war. – Es handelte sich bei dieser Uebereinkunft demnach nicht um eine Art von Rentenvertrag, – eine Auffassung, welche in der Begründung des erstinstanzlichen Urtheils unterläuft. Die Vertragsintention ging nicht auf die Ueberlassung und Erwerbung einer bestimmten Rente an einem gegebenen Unternehmen gegen die Zusicherung eines bestimmten Geldcapitals. Schon die Natur des Vertrags-Objects, nämlich das Verlags- und Eigenthumsrecht des „F. Anzeigers", spricht gegen eine solche Auffassung, da ein Zeitungs-Unternehmen nimmermehr eine bestimmte Rente zu sichern vermag, und eine noch so genaue Berechnung des Durchschnitts-Ertrags desselben während einer Reihe von

Jahren keinerlei Garantie gegen eine demnächstige Verminderung des Gewinns, ja gegen ein Umschlagen der Geschäfsergebnisse in Verlust gewährt, während andererseits der noch so sehr heruntergekommene Betrieb eines Zeitungsblattes sich jeden Augenblick wieder heben kann.

Sonach ist ein Kaufvertrag, als dessen Gegenstand die Ueberlassung eines Zeitungsunternehmens erscheint, seinem Objecte nach ein gewagtes Geschäft, ein aleatorischer Vertrag, bei dessen Abschlusse es von künftigen Ereignissen abhängt, für welchen der Contrahenten das Geschäft Vortheil, für welchen es Nachtheil bringen wird.

Wenn demnach Herr V. bei Beginn der Verhandlungen mit den Gebrüdern Pf. als Basis eines vorzunehmenden Verkaufs ein nachzuweisendes Durchschnittserträgniß der letzten fünf Jahre, nämlich der Jahre 1873—1877, aufstellte, so geschah dies nicht im Sinne einer Zusicherung hinsichtlich der künftigen Rentabilität des Unternehmens. Vielmehr begründete der Eigenthümer der Zeitung, nachdem er um deren Verkauf angegangen worden war, den von ihm geforderten Preis durch die Angabe, daß das Unternehmen in den letzten fünf Jahren ein gegebenes Durchschnittserträgniß abgeworfen habe. Die Bedeutung einer solchen Rentabilitäts-Berechnung bei einem Unternehmen der in Frage stehenden Art war denn auch den Gebrüdern Pf. sofort klar. In dem an Herrn L. zu Handen des Herrn V. unbestritten mit Wissen und Willen seines Bruders gerichteten Schreiben erklärte F. W. Pf., es sei entschieden falsch, die Berechnung des Preises des Unternehmens auf ein Durchschnittserträgniß zu gründen; immerhin sei die 5-jährige Rentabilität sehr angenehm, wie überhaupt statistische Notizen über früheren Geschäftsgang dem Uebernehmer stets als Ansporn und Trieb dienen könnten, selbst dann, wenn der Ertrag des Unternehmens sich in den drei letzten Jahren gemindert habe.

Hiernach verkannten die Kaufliebhaber von Anfang an nicht, daß es sich bei der von Herrn V. vorgeschlagenen Grund-

lage weder um den jetzigen, noch um den künftigen Ertrag des „F. Anzeigers“ handle. Vielmehr lag ihrer Aeußerung der ganz richtige Gedanke zu Grunde, daß selbst bei einem dermalen, wie ihnen bekannt war, im Rückgange begriffenen Zeitungsunternehmen der Nachweis einer früheren höheren Rentabilität um desswillen von Bedeutung sei, weil er die Ertragsfähigkeit der Unternehmung darthue und das Maas bezeichne, bis zu welchem der Gewinn aus derselben wieder gebracht werden könne, daher für den Erwerber als Ansporn und Trieb diene.

Aus diesem Rentabilitätsnachweise, wie ihn Herr B. als Basis des abzuschließenden Vertrags aufgestellt hatte, wurde nun auf Verlangen der Gebrüder Pf. eine Vertragsbedingung gemacht. Herr Pf. schrieb mit Wissen und Willen seines Bruders unterm 29. Juli 1878 an den Vermittler L., sie, die Kaufliebhaber hielten an dem bereits gebotenen Preise von 200,000 Mark fest.

„Uebernahme unter folgenden Bedingungen: 5=jährige „Bilanz;

„durchschnittlicher Ueberschuß 37,000 Mark.“

Demgemäß wurde in dem am 16. August 1878 schriftlich abgefaßten Vertrag die Bestimmung aufgenommen (§ 6), daß, nachdem sämmtliche Betheiligte unterzeichnet hätten und die vereinbarte Anzahlung von 15,000 Mark bezahlt sei, der Verkäufer alsbald darüber Nachweis zu liefern habe, daß sich das jährliche Durchschnitts=Erträgniß des „F. Anzeigers“ während der Jahre 1873–1877 inclusive — auf mindestens 37,000 Mark berechnet habe, — indem nähere Bestimmungen über die Art dieses Nachweises getroffen wurden.

Der zwischen Herrn B. einerseits und den Gebrüdern Pf. andrerseits abgeschlossene Vertrag war sonach ein resolutiv bedingter. Das Geschäft sollte, — dies lag zweifellos im Sinne der Contrahenten, — als nicht geschlossen betrachtet werden, wenn der Verkäufer den Käufern den versprochenen Nachweis des früheren Durchschnitts=Erträgnisses des Zeitungs=Unternehmens nicht lieferte.

Der Nachweis sollte vom Verkäufer alsbald geliefert werden, nachdem die Vertragsurkunde unterzeichnet und die Anzahlung von 15,000 Mk. geleistet war. Die Prüfung der gelieferten Nachweise lag alsdann selbstverständlich den Käufern, welchen nach Unterzeichnung des Vertrags und Leistung der Anzahlung die Einsicht in sämmtliche Bücher, Acten und Scripturen des Geschäfts offen stand, sofort ob.

Der Verkäufer übergab bereits am 17. August 1878 den Käufern die schriftliche Berechnung des Durchschnitts-Erträgnisses des „F. Anzeigers" für die Jahre 1873—1877.

Diese Berechnung wurde von den Gebrüdern Pf. nicht beanstandet. Vielmehr erbaten sich dieselben am 23. August von Herrn V. die Erlaubniß, den am 1. October 1878 auf sie stattfindenden Uebergang des Verlagsrechts des Blattes öffentlich bekannt zu machen; auch bei der am 1. October 1878 stattgehabten Uebernahme des Geschäfts erhoben die Käufer, obwohl sie damals eingestandenermaßen bereits Einsicht der Bücher und Papiere des Verkäufers genommen hatten, gegen jene Berechnung keinerlei Einwendung. Sonach war spätestens am 1. October 1878 die Resolutiv-Bedingung, unter welcher der Kaufvertrag abgeschlossen worden war, deficirt und das Geschäft als ein unbedingtes zu betrachten.

Wenn nun der Beklagte diese Vorgänge in der Vernehmlassung hervorhebt, so haben die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urtheils mit Unrecht hieran den Vorwurf angeknüpft, es habe die Vertheidigung den von der Klage eingenommenen Rechtsstandpunkt durchaus verkannt. Denn es handle sich vorliegenden Falls nicht um die Interpretation des Kaufvertrags und ebensowenig um die Frage, ob der Beklagte seinen vertragsmäßig, insbesondere in § 6 übernommenenen Verpflichtungen nachgekommen sei, vielmehr werde Herrn V. vorgeworfen, daß er absichtlich durch wahrheitswidrige Angaben, beziehungsweise durch hinterlistiges Verschweigen die Käufer zum Abschlusse des Vertrags veranlaßt habe. Beruht nun allerdings die Klage auf einem solchen dem Verklagten gemachten Vorwurfe,

so ist es dagegen unwahr, daß es sich hier nicht um die Interpretation des Kaufvertrags handle. Denn es ist diese Auslegung mit für die Beantwortung der Frage maßgebend, ob die Vertragsschließung durch arglistiges Verhalten des Verkäufers veranlaßt wurde. — Lag es im zweifellosen Sinne der Parteien, den Kaufvertrag lediglich auf Grund der Erträgnisse des Zeitungsunternehmens während der Jahre 1873—1877 abzuschließen, so kann von einem auf den Ertrag des Unternehmens im Jahre 1878 bezüglichen dolus des Verkäufers nicht die Rede sein. War es ferner die außer jedem Zweifel stehende Absicht der Contrahenten den Vertrag allein auf die Basis eines in früheren Jahren, nämlich den Jahren 1873 bis 1877, abgeworfenen Durchschnittsertrags von jährlich 37,000 Mk. einzugehen, so kann Herrn B. ein Vorwurf des dolus um deßwillen nicht gemacht werden, weil er den angeblichen fortwährenden Rückgang des Blattes im betreffenden Zeitraume nicht kundgab.

Am 1. October 1878, d. h. zur Zeit der Uebernahme des Blattes, wußten aber die Käufer, oder mußten sie doch wissen, — was sie schon früher als ihre entschiedene Meinung kundgegeben hatten, — daß der Ertrag der Zeitung im laufenden Jahre sich viel schlechter wie in den Vorjahren stellte. Daß sie dessen ungeachtet in den Betrieb des Anzeigers ohne jede Verwahrung, ja ohne irgend eine Bemerkung eintraten, weiset darauf hin, daß der Stand des Unternehmens im laufenden Jahre für die Rechtsbeständigkeit des Kaufes nach ihrem damaligen Dafürhalten ohne alle Bedeutung war.

Zur Zeit der Geschäftsübernahme wußten ferner die Käufer oder mußten sie doch wissen, — wenn es sich überhaupt so verhielt, daß, wie sie es schon früher als ihre Ansicht ausgesprochen hatten, ungeachtet eines jährlichen Durchschnitts-Erträgnisses von Mk. 37,000 das Blatt während der Jahre 1873—1877 allmählig zurückgegangen war. Wenn sie nun auch in dieser Hinsicht bei Uebernahme des Verlags- und Eigenthumsrechts schwiegen, so weiset dies nicht weniger darauf hin, daß sie diese Thatsache nach Maaßgabe des geschlossenen

Vertrags für irrelevant erachteten, mit a. W. damals den Vertrag nicht anders verstanden, als es der Verkäufer von jeher gethan hat. In dem Verhalten der Käufer bei Uebernahme des Geschäfts lag demnach zwar nicht eine von diesen dem Verkäufer ertheilte Decharge, welche nicht in ihrer Absicht war, wohl aber die Kundgebung, daß sie den Vertrag vom 2./16. August 1878 und die demselben vorausgegangenen Verhandlungen gerade so auffaßten, wie dies der Herr Verkäufer heute noch thut.

Es lag in jenem Benehmen eine Hinweisung darauf, daß auch im Sinne der Käufer der Vertrag in voller Ordnung zum Abschlusse gelangt war. Dies legt aber die Vermuthung nahe, daß die Gebrüder Pf. erst, nachdem es ihnen nach Ablauf eines mehrmonatlichen Betriebs, trotz der mit dem Blatte vorgenommenen Veränderungen oder vielleicht wegen derselben, nicht gelungen war, das Unternehmen zu heben, darauf verfielen, den mit Herrn V. stattgefundenen Unterhandlungen wie dem Vertrage selbst eine solche Deutung zu geben, als ob sie durch doloses Verhalten des Verkäufers zum Vertragsabschlusse veranlaßt worden seien.

Doch soll nun näher untersucht werden, wie es sich in dieser Hinsicht verhielt, und ob und inwieferne der Vorwurf eines sog. dolus causam dans, welchen die Klage dem Verklagten macht, und auf den das principale petitum einer Rescission des Kaufvertrags gestützt wird, als begründet erscheint.

§ 4.

Die von der Rescission des Kaufvertrags wegen dolus des Verkäufers geltenden Grundsätze. — Die in der Klage geltend gemachten Anfechtungsgründe im Allgemeinen.

Betrachtet man zunächst die Grundsätze, welche von der Anfechtung des Kaufvertrags mit einer Klage auf Rescission gelten, so steht es vorerst außer Zweifel, daß ein solches Geschäft, abgesehen von einer hier nicht in Frage kommenden

laesio enormis, nicht um deswillen angefochten werden kann, weil der Preis, um den verkauft und gekauft worden ist, dem wahren Werthe des verkauften Gegenstandes nicht entsprach, und weil insbesondere dasjenige, was weniger werth war, um eine höhere Summe verkauft wurde. Ja es erscheint keineswegs als rechtswidrig, wenn der Verkäufer den Irrthum seines Käufers über den Werth des Kaufgegenstandes benutzte, um sich den bestmöglichen Preis zu verschaffen.

Das römische Recht erklärt es ausdrücklich für etwas Natürliches und daher Erlaubtes, daß bei Kauf- und Miethverträgen die Parteien sich wechselseitig umgehen; wiederholt sprechen die römischen Juristen aus, daß das „se circumvenire“ „invicem se circumscribere“ „naturaliter licere contrahentibus“, daß es „naturaliter concessum“ sei.

l. 16 § 4 D. de minorib. (4. 4):

„Idem Pomponius ait: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.“

l. 22 § 3 D. locati (19. 2):

„Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus et conductionibus idem juris est.“

Verschieden aber von der Benutzung des Irrthums, in welchen der Mitcontrahent sich selbst versetzt hat oder von einem Dritten versetzt worden ist, ist die bewußte, absichtliche Erzeugung eines Irrthums in demjenigen, mit welchem man in einer Geschäftsunterhandlung steht, um diesen zum Abschlusse eines Vertrags, den er sonst möglicher Weise oder mit a. W. mit Rücksicht auf die Verhältnisse, auf die man im Verkehre bei derartigen Geschäften Gewicht zu legen pflegt, nicht abgeschlossen haben würde, zu veranlassen.

Ihering der Lucca-Pistoja Actienstreit. (Vermischte Schriften). S. 317 ff.

Hier liegt ein „decipere“ vor, welches die actio de dolo begründet,

l. 37 u. l. 40 D. de dolo malo (4. 3),

und beziehungsweise die entsprechende actio bonae fidei, also für den getäuschten Käufer die actio ex emto ad resolvendam emtionem.

l. 11 § 5 D. de action. emt. vend. (19. 1.)

Ein solches „decipere“ desjenigen, mit welchem man in Vertragsunterhandlungen sich befindet, kann aber einmal durch wissentlich unwahre Angaben geschehen;

„quum mei decipiendi gratia alium falso laudasti“;

l. 8 D. de dolo malo (4. 3);

„Si vero decipiendi emtoris causa dictum est „. . . . de dolo actio detur“;

l. 37 D. de dolo malo (4. 3).

Nicht weniger kann sich eine Partei des dolus gegenüber der anderen dadurch schuldig machen, daß sie absichtlich dunkle, zweideutige Angaben macht,

„qui fallendi causa obscure loquitur“

l. 43 § 2 D. de contrah. emtione (18. 1);

während endlich ein „decipere“ des anderen Contrahenten durch Verschweigen möglich ist.

„Sie sciens reticuit“

l. 4 § 4 D. de aedilitio edicto (21. 1);

Venditor, si . . . . celavit“

l. 1 § 1 D. de actionib. emti vend. (19. 1);

„qui insidiose obscure dissimulat“

l. 43 § 2 D. de contr. emt. (18. 1).

Jedenfalls begründet aber das Verschweigen ein doloses Handeln nur unter der Voraussetzung, daß eine Verpflichtung zum Sprechen bestand.

Eine solche Verpflichtung kann durch das Verhalten des Schweigenden selbst begründet sein, so z. B. wenn Jemand ex jure creditoris verkauft und wissentlich verschweigt, daß die Sache seinem Schuldner nicht gehört;

l. 11 § 16 D. de action. emti vend, (19. 1);

oder wenn Jemand Actien verkauft, von denen er angibt, daß sie mit Zinsgarantie versehen seien, dagegen verschweigt, daß diese Garantie eine bedingte ist.

Jhering der Lucca-Pistoja Actienstreit (Vermischte Schriften, S. 281).

Die Verpflichtung zum Sprechen kann auch ihren Grund im Verhalten des anderen Contrahenten haben, welcher z. B. eine Sclavin in der Meinung kauft, sie sei Jungfrau, während der Verkäufer wissentlich denselben über solchen Irrthum nicht aufklärt.

l. 11 § 5 D. de action. emti vend. (19. 1);

Endlich kann, von solchen Fällen abgesehen, das Schweigen als eine Verletzung der bona fides, welche den Parteien bei bonae fidei negotiis obliegt, erscheinen,

„Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem“

indem der Verkäufer wissentlich ein Verhältniß verschweigt, auf welches im Verkehr bei einem Kaufe der in Frage stehenden Art Gewicht gelegt zu werden pflegt; wie wenn z. B. jener bei der Veräußerung eines Grundstücks

„quum sciret deberi servitutem, celavit“.

l. 1 § 1 D. de act. emt. vend. (19. 1).

Keinenfalls kann jedoch von dolosem Verschweigen dann die Rede sein, wenn die Mittheilung von Thatsachen unterlassen wurde, welche dem anderen Contrahenten bekannt waren;

„quia non videtur esse celatus, qui scit, nec certio-
„rari debuit, qui non ignoravit;“

l. 1 § 1 D. de action. emt. vend. (19. 1)

Die von den Käufern, den Gebrüdern Pf., gegen den Verkäufer, Herrn B., angestellte Klage wirft letzterem dolus beim Kaufabschlusse in vierfacher Richtung vor:

1. Weil Verkäufer verschwiegen habe, daß das gen. Blatt in den dem Verkaufe unmittelbar vorhergehenden drei Vierteljahren nicht nur keinen Gewinn, sondern erheblichen Verlust erzielt habe.

2. Weil Verkäufer durch concludente Handlungen und

3. durch ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben bei den Klägern den Glauben hervorgerufen habe, daß die Rentabilität des gen. Blattes sich in den letzten drei Quartalen nicht oder doch nicht erheblich vermindert habe.

4. Weil Verklagter die Kläger veranlaßt habe, sich mit dem § 6 des Vertrags vom 16. August 1878 vorgesehenen Rentabilitäts-Nachweise zu begnügen.

Behufs der Prüfung und richtigen Würdigung dieser Gründe, mittelst welcher die Rescission des Kaufvertrags vom 2./16. August 1878 Seitens der Käufer verlangt wird, dürfte es nicht unerheblich sein, zu constatiren, daß der Verkäufer, Herr V., ein Mann von bestem Rufe, die Initiative zum Verkaufe des „F. Anzeigers" überhaupt nicht ergriffen und insbesondere die gegenwärtigen Käufer nicht gesucht hat, sondern von ihnen gesucht worden ist: — daß diese letzteren namentlich es waren, welche, wie sie zuerst bei Herrn V. aufragen ließen, ob das Zeitungsunternehmen feil sei, den Fortgang der Unterhandlungen betrieben Auch dürfte nicht außer Acht zu lassen sein, daß Herr V. das Unternehmen, welches er um die Summe von Mk. 200,000 verkaufte, selbst um den Preis von Mk. 257,000 Mk. gekauft hatte, während das Verkaufsobject sich seiner Natur nach jeder sichern Werthschätzung entzog.

§ 5.

Die Anfechtung des Vertrags vom 2./16. August 1878, wegen Verschweigens des Minderertrags im Jahre 1878 Seitens des Verkäufers.

Die Klage auf Rescission des zwischen Herrn V. und den Gebrüdern Pf. abgeschlossenen Kaufvertrags stützt sich vor allem darauf, daß der Verkäufer arglistiger Weise den Käufern verschwiegen habe, daß das Blatt in den ersten drei Quartalen des Jahres 1878, d. h. vom 1. Januar bis 1. October des

Jahres nicht nur keinen Reingewinn, sondern Verlust ergeben habe. Der Vertrag sei auf die Grundlage des Nachweises eines Durchschnitts-Erträgnisses von Mk. 37,000 während der letzten fünf Jahre, d. h. der Jahre 1873—1877, abgeschlossen worden; den im Jahre 1878 stattgehabten bedeutenden Rückgang des Blattes habe Verklagter, ungeachtet er ihm bekannt gewesen sei, den Klägern, welche sich, wenn sie diese Thatsache gekannt hätten, auf den Kauf nicht eingelassen haben würden, pflichtwidrig verschwiegen.

Zu der Replik (p. 17 flg.) führen die Kläger in dieser Hinsicht weiter aus, sie hätten bei den Kaufsunterhandlungen, nachdem Verklagter anfänglich einen Preis von 250,000 Mk. gefordert, die von letzterem gemachte Rentabilitätsberechnung bemängelt, und bei diesem Anlasse bemerkt, die Geschäftsverhältnisse seien in den letzten drei, beziehungsweise zwei Jahren allgemein ungünstiger geworden, insbesondere sei wohl das letzte halbe Jahr (1878) um deßwillen noch schlechter gewesen, weil Herr V. ein zweites Blatt eingeführt habe, — an sich eine Verbesserung, unter welcher jedoch die Rentabilität des Unternehmens leide, da sie nicht glaubten, daß die Abonnentenzahl im Verhältnisse zu den Mehrausgaben gestiegen sei. Solchen Bedenken gegenüber wäre es nun Pflicht eines jeden ehrlichen Mannes gewesen, zu erklären, es sei die Abonnentenzahl nicht nur nicht gestiegen, sondern in dem letzten halben Jahre bedeutend, um 1000, zurückgegangen. Es hätte Herrn V. die Verpflichtung obgelegen, kundzugeben, wie die Zahl der Abonnenten und der Inserate noch täglich abnehme und die Concurrenz mit dem „F. Journale," mit der „F. Zeitung" und insbesondere mit dem „Stadt- und General-Anzeiger" nicht mehr auszuhalten sei. — Von alledem hätte aber Verklagter nichts gethan; vielmehr habe er alle Nachforschungen der Kläger nach der Zahl der Abonnenten und Annoncen mit der Erklärung abgeschnitten, es sei dies Geschäftsgeheimniß und würde den Käufern nach Uebernahme des Blattes schon bekannt werden.

Das k. Landgericht hat, in seinen Entscheidungsgründen im Allgemeinen den klägerischen Ausführungen sich anschließend, angenommen, es ergebe sich ein derartiger durch hinterlistiges

Verschweigen Seitens des Beklagten begangener dolus aus den Acten, und demgemäß, ohne auf die übrigen von den Klägern gemachten Behauptungen einzugehen, dem principalen Klagesuchen gemäß erkannt.

Nach Annahme des Gerichts erster Instanz hat also Verklagter sich eines dolus dadurch schuldig gemacht, daß er verschwieg, wie die Erträgnisse des Jahres 1878, so weit sie sich übersehen ließen, wesentlich schlechter seien, als das Durchschnittserträgniß der letzten fünf Jahre.

Indem die Hülfskammer des Landgerichts mit Grund davon ausging, daß es sich hier keinesfalls, wie die Klage meint, um einen Rückgang des „F. Anzeigers" in den drei ersten Quartalen des Jahres 1878 handeln könne, weil der angefochtene Kaufvertrag bereits am 2. August 1878 geschlossen war, daß also lediglich die zwei ersten Quartale des Jahres des Vertragsabschlusses in Betracht kämen, übersah der Richter erster Instanz, daß sich der Verklagte auch in dieser Beschränkung eines dolosen Verschweigens schon um deßwillen nicht schuldig gemacht hat, weil er keine Verpflichtung zu Mittheilungen an die Kaufliebhaber über den Stand des Blattes im Jahre 1878 hatte.

Herr B., welcher sein Blatt nicht zum Verkaufe angetragen hatte, sondern im Auftrage der Gebrüder Pf. befragt worden war, ob er geneigt sein sollte, das Verlagsrecht und Eigenthumsrecht an diesem Zeitungsunternehmen abzutreten, stellte von vornherein am 11. Juli 1878, in der ersten persönlichen Unterhandlung mit den Kaufliebhabern, als Grundlage eines vorzunehmenden Verkaufs ein von ihm nachzuweisendes bestimmtes Durchschnitts-Erträgniß für die Jahre 1873—1877 auf.

Er hielt an dieser Grundlage fest, nachdem die Gebrüder Pf. dieselbe bemängelt, und als eine solche erklärt hatten, welche für die Berechnung des Preises falsch sei; nur ließ er von den ursprünglich verlangten 250,000 Mk. 50,000 Mk. nach.

Die Kaufliebhaber erklärten hierauf, daß sie bereit seien, den Preis von 200,000 Mk., welchen sie schon geboten, festzuhalten; und stellten als Vertragsbedingung fünfjährige Bilanz mit einem durchschnittlichen Ueberschuß von 37,000 Mk. auf.

Auf diese von Herrn B. proponirte und von den Gebrüdern Pf. acceptirte Grundlage wurde nun der Kaufvertrag abgeschlossen.

Wie kann bei solcher Sachlage von einem dolus die Rede sein, dessen sich der Verkäufer durch Verschweigen des Standes des Unternehmens in dem laufenden Jahre schuldig gemacht hätte?

Derjenige, welcher um den Verkauf eines gegebenen Gegenstandes angegangen wird, kann die vorzunehmende Ueberlassung an beliebige Bedingungen knüpfen, sobald diese an sich nicht unsittliche sind; Sache des Kaufliebhabers ist es zu erwägen, ob er auf die gestellten Bedingungen eingehen will oder nicht. Herr B. wollte die von ihm gestellte Preisforderung allein durch den Ertrag begründen, welchen das Blatt bisher, d. h. in den Vorjahren, abgeworfen hatte. In der von vornherein aufgestellten und im Laufe der Verhandlungen festgehaltenen Grundlage des Nachweises eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses für die Jahre 1873—1877 lag seine Willenskundgebung, daß es auf den Stand des Unternehmens im laufenden Jahre 1878 bei dem vorzunehmenden Verkaufe nicht ankommen sollte. Die Gebrüder Pf., welche es in der Hand hatten, bei solcher Sachlage von dem in Aussicht genommenen Kaufe zurückzustehen, thaten es nicht; sie schlossen den Vertrag auf die von der Gegenpartei vorgeschlagene Grundlage ab. Sie willigten demnach ihrerseits ein, daß der Ertrag des „F. Anzeigers" im laufenden Jahre bei dem Geschäfte außer Betracht bleiben solle. Sie thaten dies, nachdem sie Bedenken hinsichtlich des Rückgangs des Blattes geäußert, und nachdem Herr B. in consequentem Festhalten der von ihm für die Geschäfts-Abschließung ursprünglich aufgestellten Basis Nachforschungen der Kaufliebhaber über die Zahl der Abonnenten und der Annoncen durch die Erklä-

rung abgeschnitten hatte, es seien dies Geschäftsgeheimnisse, über welche erst nach Uebernahme des Blattes Aufschluß gegeben werden solle.

Auf Seiten des Verkäufers also wurde mit aller Entschiedenheit als Verkaufsbedingung die Beschränkung des Nachweises eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses auf die Vorjahre 1878—1877, folgeweise die Außer-Betrachtlassung des Ertrags des Unternehmens im laufenden Jahre aufgestellt, auf Seiten der Käufer diese Bedingung, wenn auch nach Aeußerung einiger Bedenken, — ohne Beschränkung acceptirt.

Von einem dolosen Verschweigen des Standes des Unternehmens im Jahre 1878 kann demnach unmöglich die Rede sein, nachdem der Verkäufer mit aller nur erdenklichen Bestimmtheit, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, erklärt hatte, es solle dieser Stand bei dem in Aussicht genommenen Verkaufe außer jedem Betracht bleiben; — nachdem jener ferner ausdrücklich vor Abschluß des Geschäfts jede bezügliche Mittheilung verweigert hatte, während die Käufer dessenungeachtet den Kauf abschlossen, also die Gefahr übernehmen wollten, welche der dermalige möglicher Weise mißliche Stand des Unternehmens für die Uebernehmer involvirte.

Mehr wie naiv ist aber die Behauptung der Kläger, es wäre gegenüber den von ihnen geäußerten Bedenken die Pflicht eines jeden ehrlichen Mannes gewesen, die im letzten halben Jahre eingetretene bedeutende Verminderung der Abonnenten kundzugeben, insbesondere zu erklären, daß die Zahl der Abonnenten und der Inserate täglich abnehme und daß die Concurrenz mit anderen Zeitungen nicht mehr auszuhalten sei. — Nach der Meinung der Kläger sollte also Herr V., welcher auf die an ihn gestellte Anfrage wegen Verkaufs seines Blattes erklärt hatte, er sei dazu nur unter gegebenen Bedingungen bereit, von diesen Grundlagen um deßwillen abgehen, weil von Seiten der Proponenten hinsichtlich jener Basis gewisse Bedenken geäußert waren: er sollte den Herren Pf., welche noch immer von dem in Aussicht genommenen Kaufe beliebig abgehen konnten,

Geschäftsgeheimnisse mittheilen; er sollte ihnen Thatsachen bekannt geben, die, von den Kaufliebhabern, welche er nicht oder doch nicht näher kannte, benutzt und verbreitet, das Blatt in den Augen Anderer zu entwerthen geeignet waren! Auch die strengste Ehrlichkeit verpflichtet nicht, sich selbst zu schaden, und nimmermehr erfordert die bona fides die Mittheilung von Thatsachen, deren Verschweigen von vornherein als Vertragsbedingung aufgestellt worden ist.

Der Verklagte hatte also schon um deßwillen keine Verpflichtung, den Klägern Mittheilungen über den Stand des Zeitungsunternehmens im Jahre 1878 zu machen, weil er jeden Aufschluß in dieser Beziehung von vornherein verweigert hatte; zunächst indirect dadurch, daß er als Vertrags-Grundlage den Nachweis eines Durchschnitts-Erträgnisses für die Vorjahre 1873—1877 vorgeschlagen hatte und dann ausdrücklich durch verweigerte Angabe der Zahl der Abonnenten und der Annoncen, während die Gegenpartei eingewilligt hatte, auf solcher Basis den Vertrag abzuschließen. — Das Schweigen des Verkäufers in dieser Hinsicht war demnach kein doloses.

In diesem Schweigen würde selbst dann ein doloses Benehmen nicht gelegen haben, wenn Herr V. Grund zur Annahme gehabt hätte, daß die Gebrüder Pf. bezüglich des Ertrags des Blattes im Jahre des Vertragsabschlusses in einem Irrthum befangen waren; daß sie von einem Rückgange des Unternehmens im laufenden Jahre keine Ahnung hatten.

Dem war jedoch nicht so. Die Kaufliebhaber wußten — und dies war Herrn V. aus dem von Fr. W. Pf. unterm 23. Juli 1878 zu Handen des Verkäufers an Herrn L. gerichteten Briefe bekannt, daß durch die Einrichtung eines zweiten Blattes vor einem halben Jahre die Rentabilität des F. Anzeigers entschieden habe leiden müssen; sie hatten erklärt, sie glaubten nicht, daß die Abonnentenzahl im Verhältnisse zu den Mehrausgaben gestiegen sei; sie hatten beigefügt, durch die mit dem Blatte vorgenommene Veränderung würden die Annoncen verzettelt und verlören

dieselben an Gesammteindruck, und schließlich wiederholt, daß das letzte halbe Jahr doch wohl viel schlechter wie die beiden Vorjahre sein dürfte — Kannten zwar die Herren Pf. die genaue Zahl der Abonnenten und der Annoncen im laufenden Jahre nicht, so wußten sie genug, um vom Vertrage zurückzutreten, wenn es ihnen bei dem abzuschließenden Geschäfte auf die Erträgnisse dieses noch kaum zur Hälfte abgelaufenen Jahres ankam; keinenfalls wäre Herr B. wenn er überhaupt die Verpflichtung gehabt hätte, den Kaufliebhabern Mittheilungen über den Stand des Zeitungsunternehmens im Jahre 1878 zu machen — eine Verpflichtung, die wie bereits gezeigt worden ist, bei der vorhandenen Sachlage für ihn überhaupt nicht bestand — verbunden gewesen, den Herren Pf. mehr mitzutheilen, als sie bereits wußten, denselben, welche vom Geschäfte beliebig noch zurücktreten konnten, möglicher Weise zu eigenem Schaden genaue Aufschlüsse über die Zahl der Abonnenten und über diejenige der Annoncen u. s. w. zu geben. — Hätte also Herr B. die Verbindlichkeit gehabt, — welche ihm in der That nicht oblag, den Gebrüdern Pf. Mittheilungen über den Stand des Unternehmens im Jahre 1878 zu machen, so könnten ihm letztere aus dessen Schweigen doloses Verhalten um deswillen nicht vorwerfen:

„quia non videtur esse celatus, qui scit, nec certiorari „debuit, qui non ignoravit.“

l. 1 § 1 D. de action. emt. vend. (19. 1.)

Sonach ist der von den Klägern dem Verklagten gemachte Vorwurf dolosen Verschweigens nicht begründet:

1. weil Verklagter nach den von ihm vorgeschlagenen und von den Klägern angenommenen Verkaufsbedingungen zu Mittheilungen über den Stand des Zeitungsunternehmens im Jahre 1878 nicht verpflichtet war.

2. weil die Kläger über diesen Stand des Unternehmens hinreichend unterrichtet waren.

Hierzu kommt:

3. daß das Verschweigen, welches die Kläger dem Verklagten vorwerfen, nur ein Verhältniß zum Gegenstande

hatte, welches für die Bestimmung des Preises des anzukaufenden Unternehmens von Bedeutung sein konnte. Ein Betrug aber, welcher nur geeignet war, auf die Höhe des zu vereinbarenden Kaufpreises einzuwirken, kann zwar eine Klage auf Entschädigung, dagegen nicht das Verlangen nach Aufhebung des Kaufvertrags begründen. Vielmehr ist zu letzterem Zwecke ein sog. dolus causam dans erfordert, d. h. ein Betrug, der sich dazu qualificirte, den Betrogenen zum Abschluß des Vertrags zu veranlassen.

Erk. des Reichsger. (3. Sen) vom 19. März 1880 (in Seuffert Arch. Bd. XXXVI., No. 6.)

Ist zwar zur Begründung der actio emti auf Rescission des Kaufvertrags der Beweis des subjectiven, inneren Vorgangs, daß Kläger durch den an ihm verübten Betrug zum Kaufabschlusse bestimmt worden sei, nicht erfordert, genügt hierzu vielmehr die Darlegung, daß die Täuschung, in welcher sich der Käufer befand, geeignet war, auf den Entschluß eines verständigen Mannes in Betreff der Vertragsabschließung bestimmend einzuwirken.

Erk. d. R.O.H.G. v. 16. Mai 1879 (Seuffert, Arch. Bd. XXXVI, Nr. 7.)

so fehlt es im vorliegenden Falle an dieser Voraussetzung.

Für den Entschluß eines Kaufliebhabers, ein gegebenes Zeitungsunternehmen anzukaufen, sind die Ertragsverhältnisse des laufenden Jahres nichts Wesentliches, wenn sie auch für die Preisbestimmung von Einfluß sein können. Sie sind um so weniger für den Entschluß des Käufers „ut emeret" maßgebend, als eine Zeitung, deren hoher Ertrag in den nächst vorausgegangenen Jahren bekannt ist, wenn sie auch noch so sehr momentan an Abonnenten und Annoncen Einbußen erlitten haben sollte, jeder Zeit möglicherweise wieder auf die Höhe gebracht werden kann.

Insbesondere war, wie aus der Actenlage sich ergibt, der Ertrag des Blattes im laufenden Jahre für den Entschluß der Gebrüder Pf. zur käuflichen Uebernahme desselben nicht von Erheblichkeit. Sie hatten, wie das unter'm 24. Juni 1878 vom

Unterhändler L. an Herrn V. gerichtete Schreiben beweist, ihr Auge auf den „F. Anzeiger“ geworfen, ohne daß sie irgend welche sichere Kenntniß von dessen Ertrage haben konnten. In dem unter'm 23. Juli 1878 an Herrn L. gerichteten Briefe erklärten sie es für falsch, die Preisberechnung auf eine fünfjährige Rentabilität zu basiren; mit Rücksicht hierauf, sowie auf die für sie feststehende Thatsache, daß die Verhältnisse in Deutschland wesentlich zurückgegangen seien, während das letzte halbe Jahre doch wohl noch viel schlechter sei, boten sie an Stelle der von Herrn V. verlangten Mk. 250,000 einen Preis von Mk. 200,000 an. Sie wollten also wegen des Rückganges des Blattes von dem in Aussicht genommenen Ankaufe desselben nicht zurückstehen, sondern nur eine Preisermäßigung erzielen. Bei dieser Sachlage könnte, wenn überhaupt, — was aus den vorstehend dargestellten Gründen nicht der Fall ist, ein doloses Verschweigen des Standes des Blattes in der ersten Hälfte des Jahres 1878 anzunehmen sein sollte, von einem Anspruche der Käufer auf Rescission des Geschäfts nicht die Rede sein.

So gingen denn auch die Gebrüder Pf., wie früher bereits angedeutet wurde, nicht allein zur Zeit der schriftlichen Abfassung des früher mündlich abgeschlossenen Vertrags, sondern noch am 1. October 1878 bei der Uebernahme des Geschäfts, d. h. zu einer Zeit, zu welcher sie nach ihrem eigenen Eingeständnisse die Bücher und Papiere des Verkäufers eingesehen hatten, und folgeweise die Zahl der Abonnenten wie der Annoncen im laufenden Jahre kennen mußten, von der Annahme aus, es sei das Geschäft in voller Ordnung zum Abschlusse gelangt. War der Vorwurf dolosen Verschweigens, welchen sie jetzt gegen den Verklagten erheben, begründet, oder erachteten ihn doch die Käufer für begründet, so konnten sie damals einfach vom Vertrage als einem resolutiv bedingten zurücktreten. Sie thaten dies jedoch nicht; ja sie gaben in keiner Weise kund, daß das Geschäft nicht vollkommen ordnungsmäßig vor sich gegangen sei. Dies weiset aber darauf hin, daß die Käufer nach ihrer eigenen Auffassung keinerlei Ansprüche aus dem ihnen übrigens schon vorher bekannten Stande des Zeitungsunternehmens im laufenden Jahre

hatten. Es begründet mit a. W. das Verhalten der Käufer nach dem Kaufsabschlusse einen Rückschluß auf die wahre Vertragsintention.

Das Gericht erster Instanz ist allerdings von einer anderen Auffassung der Verhältnisse ausgegangen.

Es geht in seinen Entscheidungsgründen davon aus, daß ein durch hinterlistiges Verschweigen Seitens des Beklagten begangener dolus nach der Actenlage anzunehmen sei.

Verklagter selbst habe nach seiner eigenen Angabe bei der ersten Unterhandlung über den Abschluß des Kaufvertrags die Bedingung gestellt, daß als Basis der Verhandlungen das Durchschnittserträgniß der fünf Jahre 1873—77 angenommen werde und habe als Betrag dieser Erträgnisse die Summe von Mk. 37,000 angegeben.

Diese Angabe sei nicht anders zu verstehen gewesen und habe insbesondere von den Käufern nicht anders verstanden werden können, als daß aus dem Durchschnitts-Erträgnisse der gegenwärtige Werth des Kaufobjects entnommen und darnach der Kaufpreis bestimmt werden sollte.

Der vom Beklagten vorgeschlagene modus sei die regelmäßig bei Abschätzung derartiger Unternehmen einzuschlagende Methode gewesen; es habe der gegenwärtige Stand der Rente und damit durch deren Capitalisirung der Werth des Unternehmens gefunden werden sollen. Vernünftiger und ehrlicher Weise habe Verklagter den Klägern nicht zumuthen können, die Durchschnittssumme nur der letzten fünf Jahre ohne Rücksicht auf das Resultat des laufenden Jahres, wenn es so viel schlechter war, der Werthberechnung zu Grunde zu legen.

In diesem Sinne sei denn auch die vom Verklagten proponirte Grundlage des abzuschließenden Vertrags durch die Kaufliebhaber acceptirt worden, wie sich aus den beiden Schreiben der Herren Pf. an den Unterhändler L. ergebe.

Es sei demnach als selbstverständliche Voraussetzung anzusehen gewesen, daß die Erträgnisse des Jahres 1878, soweit sie sich übersehen ließen, zum mindesten nicht wesentlich schlechter seien, als das Durchschnitts-Erträgniß der letzten fünf Jahre.

Indem aber der Verklagte wußte, daß der Betrieb des Zeitungsunternehmens im Jahre 1878 bis zum Tage des Verkaufs nicht nur keinen Gewinn, sondern Verlust ergeben habe, habe er sich dolosen Verschweigens dieser Thatsache schuldig gemacht. Da nun die Kläger den Vertrag, wie geschehen, nicht abgeschlossen haben würden, wenn sie den Stand des Blattes gekannt hätten, so sei die Klage in ihrem principalen Petitum begründet.

Diese Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urtheils gehen jedoch nicht allein von einer unrichtigen Prämisse aus, sondern bewegen sich in einer Reihe logisch unhaltbarer Folgerungen, während andrerseits actenmäßig feststehende Thatsachen ignorirt oder in der willkürlichsten Weise ausgelegt werden.

Die unrichtige Prämisse, auf welcher die ganze Argumentation der Entscheidungsgründe beruht und mit der die Ausführungen des ersten Richters fallen, ist die, es habe durch die vom Verklagten vorgeschlagene Grundlage der gegenwärtige Stand der Rente und damit durch deren Capitalisirung der Werth des Unternehmens gefunden werden sollen.

Es handelte sich hier nämlich weder um den Stand einer Rente aus dem Zeitungsunternehmen, noch insbesondere um den gegenwärtigen Stand der Rente aus demselben. Es handelte sich aber ebensowenig um eine Capitalisirung des Ertrags des F. Anzeigers, um den Werth des Unternehmens zu finden.

Von einer Rente kann überhaupt bei einem Zeitungsunternehmen keine Rede sein. Wie weit man nämlich auch den Begriff „Rente“ fassen mag, so verbindet sich mit demselben doch immer der Gedanke an einen festen, oder doch nur geringen Schwankungen ausgesetzten periodischen Ertrag. Ein solches Er-

trägniß kommt aber bei einem Zeitungsunternehmen nicht vor, da die Natur desselben, wie früher schon gezeigt wurde, die größten Schwankungen in den daraus fließenden pecuniären Ergebnissen mit sich bringt. Noch weniger handelte es sich aber bei den Verkaufsunterhandlungen um den gegenwärtigen Stand der Rente, oder richtiger ausgedrückt, um den gegenwärtigen Stand des Ertrags des Unternehmens, da Herr V. von vornherein erklärt hatte, der „F. Anzeiger" habe in den Jahren 1873—1877 einen von ihm nachzuweisenden Durchschnitts-Ertrag von 37,000 Mk. abgeworfen. — Endlich hatte der Verklagte bei den von ihm gemachten Angaben nicht im Mindesten die Absicht, den Werth des Unternehmens durch Capitalisirung des Durchschnittsertrags finden zu lassen.

Herr V. hatte seinen Preis, den er nicht mehr zu finden brauchte. Zwei Jahre vorher, im Jahre 1876, hatte er den „F. Anzeiger" um die Summe von 257,000 Mk., erworben; auf die Anfrage, ob er geneigt sei, das Unternehmen käuflich abzutreten, verlangte er einen Kaufpreis von 250,000 Mk., indem er erklärte, er sei bereit, in einer näher von ihm präcisirten Art nachzuweisen, daß das Blatt während gegebener Zeit einen gegebenen Durchschnittsertrag abgeworfen habe. Sollte überhaupt der Werth des Unternehmens gefunden werden, so war dies Sache der Kaufliebhaber, um die sich der Verkäufer nicht zu kümmern hatte und nicht gekümmert hat. Und die Herren Gebrüder Pf. fanden diesen Werth, den sie auf 200,000 Mk. veranschlagten. Sie thaten dies nicht allein auf Grund der Angaben des Herrn V. über das Durchschnitts-Erträgniß der fünf vorausgegangenen Jahre, sondern auf Grund der von ihnen gewonnenen Ueberzeugung, daß die Geschäftsverhältnisse in Deutschland sich in den letzten drei Jahren verschlechtert hätten, daß insbesondere der Ertrag des „F. Anzeigers" in den letzten zwei Jahren, um von dem laufenden Jahre 1878, in welchem das Blatt noch viel schlechter stehen dürfte, nicht zu sprechen, abgenommen habe. So wurde schließlich der von den jetzigen Klägern angebotene Preis von 200,000 Mk. vereinbart.

Nur auf Grund jener unrichtigen Prämisse war es möglich, daß die Hülfskammer des Landgerichts zu der eigenthüm-

lichen Schlußfolgerung gelangte, die Angabe des Herrn V., es habe das Durchschnittserträgniß des Unternehmens während der Jahre 1873—1877 eine gegebene Summe betragen, sei nicht anders zu verstehen gewesen, als daß aus dem Durchschnitts-Erträgniß der gegenwärtige Werth des Kaufsobjects entnommen werden sollte; vernünftiger und ehrlicher Weise habe Verklagter den Klägern nicht zumuthen können, die Durchschnitts-Summe nur der letzten fünf Jahre ohne Rücksicht auf das Resultat des laufenden Jahres der Werthberechnung zu Grunde zu legen.

Allein es muthete Herr V. den Gebrüdern Pf. nichts zu; er verlangte von diesen keine Werthberechnung des Unternehmens; auf die Anfrage, ob er letzteres zu verkaufen geneigt sei, forderte er dafür einen gegebenen Preis, indem er zugleich den Durchschnittsertrag der Zeitung in den Jahren 1873—1877 angab. Wenn jemand auf einen wegen eines gegebenen Gegenstandes an ihn gerichteten Kaufantrag erwiedert, er verkaufe um einen Preis von so viel, der Gegenstand habe in den letzten fünf Jahren vor dem laufenden Jahre so viel im Durchschnitt an Ertrag abgeworfen, so handelt es sich dabei weder um den gegenwärtigen Werth des Kaufobjects, noch um den gegenwärtigen Ertrag desselben. Die Behauptung des ersten Richters, es habe jene Angabe nur in dem letzgenannten Sinne verstanden werden können, entbehrt sonach jeden Grundes und beruht auf einem völligen Verkennen der Sachlage.

Wenn aber die Hülfskammmer des Landgerichts sogar meint, die von Herrn V. von vornherein für die Kaufverhandlungen aufgestellte Basis der Nachweisung eines Durchschnitts-Erträgnisses von jährlichen 37,000 Mk. für die Jahre 1873—1877 habe von den Käufern insbesondere nicht anders verstanden werden können, als daß aus dem Durchschnitts-Ertrage der gegenwärtige Werth des Kaufobjects entnommen und der Preis bestimmt werden sollte, — wenn jenes Gericht ferner behauptet, es sei in diesem Sinne auch die vom Verklagten proponirte Grundlage des abzuschließenden Vertrags durch die Kaufliebhaber acceptirt worden, so übersieht der Richter

erster Instanz einerseits actenmäßige Thatsachen, während er andererseits die beiden Briefe der Gebrüder Pf. an den Unterhändler L., auf welche die Entscheidungsgründe hier Bezug nehmen, in einer unrichtigen Weise interpretirt.

Das Gericht erster Instanz ignorirt die durch die eigene Angabe der Kläger festgestellte Thatsache, daß dieselben vor Abschluß des Vertrags Herrn V. vergeblich um Mittheilung der Zahl der Abonnenten und der Annoncen im laufenden Jahre angegangen hatten; daß sie also sehr wohl wußten, daß die Angaben des Verkäufers keinen Bezug auf das laufende Jahr hatten, oder mit a. W. wohl verstanden, daß die Ergebnisse des laufenden Jahres nach den vom Verkäufer gestellten Bedingungen außer jedem Betracht bleiben sollten.

Was aber die in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urtheils angezogenen Briefe anbetrifft, so ergibt sich zunächst auch aus dem von Herrn F. W. Pf. unterm 23. Juli 1878 an den Unterhändler L. zu Handen des Herrn V. gerichteten Schreiben, daß die Kaufliebhaber über den Sinn der vom Verkäufer für die Verhandlungen aufgestellten Grundlage vollkommen im Klaren waren, daß sie wohl wußten, wie Herr V. nur den Nachweis eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses für die Jahre 1873—1877 übernehmen wollte. Denn sie erklären diese Grundlage als eine für die Preisberechnung unrichtige; sie behaupten, daß vor einem halben Jahre die Rentabilität des Blattes entschieden habe leiden müssen, wollen jedoch vom letzten halben Jahre, das wohl viel schlechter sein dürfte, absehen. So bestätigte denn Herr R. Pf. in seinem am 29. Juli 1878 an Herrn L. gerichteten Schreiben, daß sie, die beiden Brüder, an dem bereits gebotenen Preise von 200,000 Mk. für das Unternehmen festhielten, indem er als Bedingungen des Kaufabschlusses lediglich „fünfjährige Bilanz", „durchschnittlicher Ueberschuß von 37,000 Mk." wiederholte.

Diese beiden Briefe beweisen demnach das gerade Gegentheil von Demjenigen, was das Gericht erster Instanz darin finden will. Sie legen auf's unwiderleglichste dar, daß die Gebrüder Pf. die von Herrn V. vorgeschlagenen Vertragsbeding-

ungen nicht mißverstanden, vielmehr das volle Bewußtsein hatten, der Verkäufer wolle für den Ertrag des laufenden Jahres keinerlei Zusicherung geben; daß sie aber nicht weniger darüber außer Zweifel waren, es stelle sich der Ertrag dieses Jahres, soweit er sich bis jetzt übersehen lasse, viel schlechter wie in den Vorjahren. Indem aber die Kläger trotz alledem den Vertrag abschlossen, entbehrt der Vorwurf der Unehrlichkeit, welchen die Entscheidungsgründe Herrn B. machen, allen Grundes; der Vorwurf der Unvernünftigkeit dagegen trifft, wenn er überhaupt begründet sein sollte, was jedoch um deßwillen nicht der Fall ist, weil der momentane Rückgang eines Blattes den baldigen neuen Aufschwung desselben nicht ausschließt, die Käufer.

Hiermit fällt aber der eigentliche Entscheidungsgrund des erstinstanzlichen Urtheils, welcher dahin formulirt ist, es sei als selbstverständliche Voraussetzung anzusehen gewesen, daß die Erträgnisse des Jahres 1878, soweit sie sich übersehen ließen, zum mindesten nicht wesentlich schlechter seien, als das Durchschnitts-Erträgniß der letzten fünf Jahre, dahin.

Dies hat denn auch das in der Appellations-Instanz ergangene oberlandesgerichtliche Erkenntniß unumwunden anerkannt. Es hat dasselbe davon ausgehend, daß der dem Verklagten gemachte Vorwurf dolosen Verschweigens hinsichtlich des Erträgnisses des laufenden Jahres 1878 der Begründung entbehre, das auf diesen alleinigen Entscheidungsgrund gestützte Erkenntniß der ersten Instanz aufgehoben.

Wie aber nach Maaßgabe der vorstehenden Ausführungen in Uebereinstimmung mit dem appellationsgerichtlichen Urtheile die Klage auf Rescission des Kaufvertrags vom 2./16. August 1878 insoweit als grundlos erscheint, als sie sich auf jenes dem Verklagten vorgeworfene dolose Verschweigen stützt, so bedarf auch die weitere Begründung des principalen Klageantrags der Prüfung.

§ 6.

Die Anfechtung des Kaufvertrags vom 2./16. August 1878 auf Grund der Behauptung, daß der Verkäufer

durch concludente Handlungen, sowie durch ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben, bei den Käufern den Glauben hervorgerufen habe, daß die Rentabilität des Blattes sich im Jahre des Vertragsschlusses nicht oder doch nicht erheblich vermindert habe.

Die Klage gründet sich, was den Ertrag des „F. Anzeigers“ im Jahre des Vertragsabschlusses anbelangt, nicht allein darauf, daß Verklagter doloser Weise den damaligen Stand des Unternehmens verschwiegen, sondern auf die Behauptung, es habe Herr V. durch concludente Handlungen und durch ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben bei den Kaufliebhabern den Glauben hervorgerufen, daß die Rentabilität des Blattes sich in dem Jahre des Vertragsabschlusses nicht oder nicht erheblich vermindert habe.

Die Kläger behaupten in dieser Hinsicht einerseits, es habe der Beklagte wieder besseres Wissen und in der bewußten Absicht der Täuschung versichert, daß das Jahr 1878 bis jetzt nicht wesentlich schlechter als die Vorjahre sei.

Andererseits erklären jene, Verklagter habe, auch ganz abgesehen von dieser Versicherung, die Sache so dargestellt, als wenn das Jahr 1878 nur deßhalb bei dem Rentabilitätsnachweise außer Betracht bleiben solle, weil es noch laufe und die Bilanz dieses Jahres noch nicht angefertigt sei; ferner habe derselbe unter dem Vorwande der Gefährdung des Geschäftsgeheimnisses die Kläger verhindert, sich durch Einsicht der Bücher wenigstens eine oberflächliche Kenntniß der Sachlage zu verschaffen, während er endlich die Kaufliebhaber durch das Versprechen eines nach Lage der Umstände werthlosen Nachweises dazu gebracht habe, recht eigentlich „die Katze im Sacke zu kaufen.“

Betrachtet man nun zunächst den vom Verklagten durch concludente Handlungen angeblich begangenen

dolus, so stellen sich die zur Substantiirung dieses Theiles der Klagebegründung von den Klägern angeführten Thatsachen von vornherein als ganz unerhebliche dar.

Es ist richtig, daß Herr V. den Gebrüdern Pf. die Einsicht seiner Bücher bis nach Unterzeichnung des Vertrags nicht gestatten zu wollen erklärte. Daß er dies that, war sehr natürlich. Er konnte vernünftiger Weise Leuten, welche er jedenfalls nicht näher kannte und die noch vollkommen freie Hand hatten, von dem in Aussicht genommenen Kaufe zurück zu treten, einen näheren Einblick in seine Geschäftsverhältnisse nicht gewähren. Wie dem jedoch auch sein möge, so stand es im freien Willen der Kaufliebhaber, nachdem ihnen jene Einsicht verweigert war, das Zeitungsunternehmen zu erwerben oder davon abzulassen. Sie schlossen jedoch den Kauf ab, trotzdem ihnen die Vorlage der Bücher des Verkäufers abgeschlagen war, und ungeachtet sie ihrer Ueberzeugung, daß der Stand des Blattes im laufenden Jahre schlechter wie in den Vorjahren sei, Ausdruck gegeben hatten. Von einem eine Täuschung der Kaufliebhaber bezweckenden Verhalten des Verkäufers kann insoweit demnach nicht die Rede sein.

Wenn aber die Kläger weiter einen Seitens des Herrn V. durch concludente Handlungen begangenen dolus darin erblicken, daß der Verkäufer sie durch das Versprechen eines nach Lage der Umstände werthlosen Nachweises zur Abschließung des Vertrags gebracht habe, so liegt in dieser Auffassung eine völlige Verdrehung der Sachlage. — Vorerst war es nämlich nicht der Verklagte, welcher die Kläger zum Ankaufe des Blattes brachte, da letztere vielmehr den Antrag zu diesem Geschäfte gemacht hatten, diese es auch waren, welche den Fortgang der bezüglichen Verhandlungen betrieben. Alsdann war es Sache der Kaufliebhaber, ein Geschäft von der Hand zu weisen, welches auf Grund eines ihrer Meinung gemäß nach Lage der Umstände werthlosen Nachweises eingegangen werden sollte. Hielten die Gebr. Pf. die Darlegung eines gegebenen Durchschnittserträgnisses für die Jahre 1873—1877 aus dem Grunde für werthlos, weil für den Ertrag des laufenden Jahres weder ein Nach=

weis zugesichert, noch die Einsicht der Bücher gestattet wurde, legten sie für die Bestimmung ihres Entschlusses zu kaufen auf den Ertrag des Blattes im Jahre 1878 Gewicht, so lag es in ihrem freien Willen, die Vertragsunterhandlungen abzubrechen, sobald der andere Theil darauf beharrte, in jener Hinsicht weder eine Zusage zu geben, noch Nachforschungen zu gestatten. Allein sie ließen von dem in Aussicht genommenen Geschäfte nicht ab und schlossen den Vertrag, trotzdem sie die von Herrn B. vorgeschlagene Basis für unrichtig erklärten und ihre Ueberzeugung von einem bedeutenden Rückgange des Blattes aussprachen. Es kauften daher die jetzigen Herrn Kläger nicht, wie sie sagen, „die Katze im Sacke;" thaten sie es doch, so geschah dies mit dem vollen Bewußtsein der von ihnen übernommenen Wagniß.

Wenn endlich die Kläger zur Begründung ihrer Behauptung eines durch concludente Handlungen begangenen dolus darauf sich berufen, es habe Verklagter die Sache so dargestellt, als wenn das Jahr 1878 nur deßhalb bei dem Rentabilitäts-Nachweise außer Betracht bleiben solle, weil es noch laufe und die Jahres-Bilanz noch nicht angefertigt sei, so erscheint auch diese Thatsache, die übrigens von beklagter Seite geleugnet worden ist,

Vernehmlassung und Widerklage, S. 36,

als unerheblich, weil nach den von den Klägern acceptirten Vertragsgrundlagen das Jahr 1878, gleichgültig aus welchem Grunde, außer jedem Betracht bleiben sollte, und die Kläger auch wußten, daß der Ertrag des laufenden Jahres viel schlechter wie derjenige der Vorjahre sei.

So hat denn auch das Oberlandesgericht, obwohl es anders wie das Gericht erster Instanz sich veranlaßt fand, den gesammten thatsächlichen Klagegrund zu prüfen, nicht allein in Ansehung jener sog. concludenten Handlungen, soweit sie geleugnet sind, keinen Beweis auferlegt, sondern den bezüglichen Behauptungen der Kläger so wenig Gewicht beigemessen, daß es sie in seinen Entscheidungsgründen ganz mit Stillschweigen übergangen hat.

Dagegen wurde durch das appellationsgerichtliche Erkenntniß die anderweitige Klagebehauptung, es habe Herr V. den Gebrüdern Pf. die ausdrückliche Versicherung gegeben, daß das Jahr 1878 nicht wesentlich schlechter als die Vorjahre gewesen sei, als erheblich betrachtet, und hinsichtlich dieser vom Beklagten in Abrede gestellten Thatsache den Klägern, vorbehaltlich des Gegenbeweises, der Beweis auferlegt:

„daß ihnen Beklagter bei den wegen Ankaufs des F. „Anzeigers" gepflogenen Verhandlungen erklärt habe, das „Erträgnis des Jahres 1878 sei kein wesentlich schlechteres, „als das der Vorjahre."

Die Kläger erklärten in ihrer Klage, es habe Verklagter ausdrücklich wider besseres Wissen und in der bewußten Absicht der Täuschung versichert, daß das Jahr 1878 bis jetzt nicht wesentlich schlechter als die Vorjahre sei. Sie entnahmen aus dieser angeblichen Thatsache den einen ihrer Klagegründe, welcher dahin formulirt wurde, es habe Verklagter durch ausdrückliche wahrheitswidrige Angaben bei den Klägern den Glauben hervorgerufen, daß die Rentabilität des gen. Blattes sich in den letzten drei Quartalen nicht oder doch nicht erheblich vermindert habe.

Die Ungenauigkeit dieser Behauptung ergibt sich schon daraus, daß, wie bereits früher bemerkt wurde, die Kläger von wahrheitswidrigen Angaben des Verklagten hinsichtlich der letzten drei Quartale sprechen, während die Kaufsunterhandlungen im Juli, also zu einer Zeit stattfanden, wo jedenfalls nur von zwei Quartalen die Rede sein konnte — eine Ungenauigkeit, welche in der Replik berichtigt worden ist. Allein noch in anderer Hinsicht stellt sich das betreffende Klagevorbringen als ein ungenaues dar, insoferne nämlich, als die Klage in Betreff der Zeit, in welcher jene angebliche wahrheitswidrige Versicherung des Herrn V. geschehen sein soll, keinerlei Andeutung enthält. Und doch erscheint jene Zeit sowohl für die Beantwortung der Frage, ob die gedachte Aeußerung wirklich geschehen, wie für die Prüfung der Bedeutung der angeblichen Versicherung keineswegs als unerheblich.

Erst die Replik gibt über die Zeit jener vermeintlichen Aeußerung einen etwas näheren Aufschluß. Hiernach soll nämlich Verklagter, als die Kläger, wie aus dem an L. unter'm 23. Juli 1878 gerichteten Schreiben sich ergebe, Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der von der anderen Seite vorgeschlagenen Ermittelung der Rentabilität äußerten, und namentlich die Vermuthung laut werden ließen, daß das Blatt im letzten Jahre zurückgegangen sei, die beruhigendsten Erklärungen gegeben, und insbesondere versichert haben, daß das letzte halbe Jahr keineswegs wesentlich schlechter als die früheren Jahre sei.

Allein es schrieb Herr R. Pf. am 29. Juli 1878 an den Unterhändler L.:

„Wenn wir Ihnen bis heute in der Angelegenheit des „Herrn V. noch keine weitere Antwort gegeben haben, so „müssen Sie in Anbetracht ziehen, daß bei einer großen „Lebensfrage man sich nicht so schnell entscheidet.

„Gerade aus diesem Grunde haben wir die Sache „reiflich überlegt und sind zu dem Beschlusse gekommen, „an dem Ihnen bereits gebotenen Preise von 200,000 Mk. „festzuhalten."

Und nach dieser reiflichen Ueberlegung, bei welcher es sich um die Entscheidung einer großen Lebensfrage handelte, wurden als alleinige Vertragsbedingungen aufgestellt:

5=jährige Bilanz;
durchschnittlicher Ueberschuß 37,000 Mk.

Wenige Tage also, nachdem jene Versicherung wegen des Ertrags des Blattes im Jahre 1878 angeblich ertheilt worden, war von derselben nicht mehr die Rede, sowenig wie von einer den Stand des Unternehmens im laufenden Jahre betreffenden Darlegung. Dies weiset mit aller Entschiedenheit darauf hin, daß die Versicherung, es sei das letzte halbe Jahr nicht wesentlich schlechter als die früheren Jahre, von Herrn V. in Wirklichkeit nicht gegeben war, oder daß eine deßfalsige Aeußerung, wenn sie überhaupt gefallen, als eine durchaus unverbindliche,

dahin geworfene sich darstellte, auf welche die Kaufliebhaber selbst keinerlei Gewicht legten; — daß es sich dabei mit a. W. um etwas handelte, — was, — obwohl der Verkäufer es gesagt, „sic habendum, quasi nec dictum, neque promissum sit.“

l. 36 D. de dolo malo. (4. 3).

So geschah denn bei den weiteren Vertragsunterhandlungen von einer Zusicherung hinsichtlich des Standes des Blattes im laufenden Jahre keine Erwähnung.

Dies gilt insbesondere von dem durch Herrn F. W. Pf. unter'm 1. August 1878 an den Unterhändler L. gerichteten Schreiben, sowie von der am 2. August 1878, d. h. unmittelbar vor dem mündlichen Vertragsabschlusse, zwischen Herrn V. und den Gebrüdern Pf. abgehaltenen Conferenz, deren Punctation den Acten beiliegt.

Anl. I. Zur Vernehmlassung und Widerklage

Endlich erwähnt der am 16. August 1878 schriftlich abgeschlossene Vertrag nirgends des Ertrags des „F. Anzeigers“ im Jahre 1878. Erwägt man aber, daß die Vertragsurkunde den dem Verkäufer obliegenden Nachweis eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses des Blattes in den Jahren 1873—1877 betont, daß daselbst hinsichtlich dieser Nachweisung die eingehendsten Bestimmungen getroffen werden, so vermag das Stillschweigen des Vertrags-Instruments über den Stand des Unternehmens im laufenden Jahre wieder nicht anders verstanden zu werden, als daß es auf den Ertrag des Blattes in dieser Zeit nicht ankommen sollte; es beweist jenes Stillschweigen, daß in Betreff des Ertrags des Unternehmens im Jahre 1878 keine Zusicherung gegeben war, oder daß doch eine etwa gefallene bezügliche Aeußerung auch von den Käufern als eine durchaus unverbindliche nichtssagende erachtet wurde.

Die angebliche Erklärung des Herrn V., das laufende Jahr sei nicht wesentlich schlechter wie die Vorjahre, konnte, falls sie überhaupt stattgefunden, nur dann von Erheblichkeit sein, wenn sie in dem Sinne geschehen und von den Kaufliebhabern acceptirt war, daß die vom Verkäufer von Anfang an aufgestellte und

bisher festgehaltene Vertragsgrundlage modificirt werden sollte. Entweder war jene Aeußerung ohne alle rechtliche Bedeutung oder sie war in der Absicht gethan und angenommen, daß das abzuschließende Geschäft nicht mehr allein durch den Nachweis einer gewissen Rentabilität während der Jahre 1873—1877, sondern durch die Darlegung eines gegebenen Standes des Unternehmens im Jahre 1878 bedingt sein sollte, Letzteren Falls hätte diese Abänderung der vom Verkäufer aufgestellten und von den Kaufliebhabern acceptirten Basis des abzuschließenden Geschäfts in der am 16. Aug. 1878 aufgenommenen Vertragsurkunde ihren Ausdruck finden müssen. Es darf hier nämlich nicht übersehen werden, daß es sich nach den Ausführungen der Replik bei der angeblichen Erklärung des Verklagten, es sei das Erträgniß des Jahres 1878 kein wesentlich schlechteres als das der Vorjahre, nicht um eine Ergänzung des am 16. Aug. 1878 schriftlich abgeschlossenen Vertrags handelt, sondern um eine Erklärung, welche Herr V. den Gebrüdern Pf. bei den wegen Ankaufs des „F. Anzeigers“ gepflogenen Verhandlungen abgegeben haben soll, wie denn auch das oberlandesgerichtliche Erkenntniß den den Klägern auferlegten Beweis auf diese Thatsache gestellt hat.

Wie sonach den vorstehenden Ausführungen zufolge die Unwahrheit dieser von vornherein in sehr ungenauer Weise aufgestellten klägerischen Behauptung, beziehungsweise die völlige Irrelevanz einer etwaigen bezüglichen Aeußerung des Verklagten aus den Vertragsunterhandlungen, wie aus dem Vertragsinhalte selbst sich ergiebt, so führt das weiter oben geschilderte Verhalten der Käufer nach Abschluß des Vertrags zur Zeit der am 1. Oct. 1878 erfolgten Geschäftsübernahme zu dem nämlichen Ergebnisse. Die Käufer übernahmen den „F. Anzeiger“ ihrem eigenen Eingeständnisse zufolge nach Einsicht der Bücher des Verkäufers, durch welche sie, auch wenn der Einblick ein oberflächlicher war, den Stand des Unternehmens im laufenden Jahre übersehen mußten. Daß sie nun dessenungeachtet ohne alle Verwahrung, ja ohne jegliche Erinnerung das Geschäft antraten, während sie, wenn ihnen hinsichtlich des Ertrags des Blattes

im Jahre 1878 eine Zusicherung gegeben war, die sich als wahrheitswidrige erzeigte, ohne Weiteres von dem bedingten Vertrage zurücktreten konnten, beweist wieder zur Genüge, daß ihnen eine solche Versicherung nicht ertheilt war, oder mindestens nicht in einer Weise, daß sie irgend ein Gewicht darauf gelegt hätten.

Hiernach kann das oberlandesgerichtliche Urtheil insoferne nicht für richtig erachtet werden, als es den oben bezeichneten Beweis den Klägern auferlegt und die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits von dem Gelingen oder Mißlingen dieses Beweises abhängig gemacht hat.

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterungen geht demnach dahin, daß sich der Verklagte hinsichtlich des Standes des „F. Anzeigers" in der ersten Hälfte des Jahres 1878 eines dolosen Verhaltens nicht schuldig gemacht hat; daß jener mit a. W. in der bezeichneten Beziehung weder durch Verschweigen, noch durch concludente Handlungen, noch endlich durch ausdrückliche wahrheitswidrige Erklärungen die Kläger getäuscht hat.

§ 7.

Der angebliche dolus des Beklagten hinsichtlich des zugesicherten Nachweises eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses des Blattes in den Jahren 1873—1877.

Die Klage auf Rescission des Kaufvertrags stützt sich nicht allein auf das angeblich dolose Verhalten des Verkäufers in Betreff des Ertrags des „F. Anzeigers" in der ersten Hälfte des Jahres 1878, — sie gründet sich außerdem auf die Behauptung, es habe Beklagter die Kläger durch die Angabe, das Durchschnitts-Erträgniß der Jahre 1873—1877 belaufe sich auf 37,000 Mk., in den Glauben versetzt, der Gewinn in der angegebenen Periode sei ein fluctuirender, sowohl auf- als absteigender gewesen, während in Wirklichkeit das Blatt seit 1873 in seiner Rentabilität consequent abgenommen habe.

Abgesehen nun davon, daß diese consequente Abnahme der Rentabilität des Blattes seit dem Jahre 1873 von beklagter Seite bestritten ist, daß insbesondere die bezügliche Behauptung der Kläger im Widerspruche mit der schriftlichen Angabe der Erträgnisse des „F. Anzeigers" steht, welche Herr V. am 17. Aug. 1878, d. h. am Tage nach der Unterzeichnung des schriftlichen Vertrags, den Käufern überreichte (v. § 2 i. a.), beruht die Argumentation, mittelst welcher das dolose Verhalten des Verklagten in der in Frage stehenden Richtung begründet werden soll, auf einer unrichtigen Prämisse. Eine solche ist es nämlich, wenn die Kläger davon ausgehen, es habe sich bei dem zugesagten Rentabilitäts-Nachweise um die Bestimmung des wahren Werths einer fruchttragenden Sache gehandelt. So lag, wie bereits in anderem Zusammenhange gezeigt worden ist, die Sache nicht. Herr V. befragt, ob er nicht geneigt wäre, das ihm gehörige Zeitungsunternehmen verkäuflich abzutreten, hatte seinen Preis bestimmt; er hatte erklärt, was ihm dieses Unternehmen, welches, wie er nachweisen wollte, in den Vorjahren 1873—1877 einen Durchschnittsertrag von 37,000 Mk. abgeworfen habe, werth sei; — welchen Werth dagegen das Verlags- und Eigenthumsrecht des „F. Anzeigers" für die Käufer habe, überließ er der eigenen Ermittelung letzterer.

Auch veranlaßte Herr V. nicht, wie die Klage besagt, die Herren Pf. sich mit einem gegebenen Rentabilitäts-Nachweise zu begnügen. Er stellte auf die Anfrage, ob er verkaufen wolle, seine Bedingung, daß nämlich der Vertrag lediglich auf die Grundlage eines für die Vorjahre 1873-1877 nachzuweisenden jährlichen Durchschnitts-Ertrags von 37,000 Mk. geschlossen werde, — eine Bedingung, welche die Kaufliebhaber annehmen oder verwerfen konnten, die sie jedoch schließlich, nachdem von dem verlangten Kaufpreise 50,000 Mk. nachgelassen worden waren, acceptirten.

Die Kläger gaben denn auch im Laufe der Verhandlungen ausdrücklich zu, daß das Gesammterträgniß der Jahre 1873 bis 1877, dividirt durch fünf, einen Quotienten von dem zugesagten Betrage ergebe.

So stützt sich der von ihnen Herrn V. hier gemachte Vorwurf dolosen Verhaltens allein darauf, daß man unter dem Durchschnitts-Erträgnisse eines Unternehmens einen zwar veränderlichen, allein doch um ein bestimmtes Niveau fluctuirenden Gewinn verstehe, während die Ertragsverhältnisse des „F. Anzeigers“ in den Jahren 1873—1877 nicht der Art beschaffen gewesen seien, da das Blatt in diesem Zeitraume in einem fortwährenden Rückgange sich befunden habe. Folgeweise habe der Verkäufer durch die Zusage des Nachweises eines jährlichen Durchschnitts-Erträgnisses von 37,000 Mk. die Gebrüder Pf. getäuscht, indem er in denselben den der Wirklichkeit nicht entsprechenden Glauben hervorgerufen habe, es handle sich hierbei um einen bald steigenden, bald fallenden und dann sich wieder hebenden Gewinn.

Sieht man jedoch von der unrichtigen Prämisse ab, auf welcher die klägerische Argumentation beruht, so liegt in der Versicherung desjenigen, welcher um den Verkauf eines Unternehmens angegangen, erklärt, es habe dasselbe in den fünf letzten Jahren einen durchschnittlichen Ertrag von so und so viel abgeworfen, an sich keine andere Zusage, als daß der Gesammtgewinn innerhalb dieses Zeitraumes, dividirt durch fünf, so viel ergebe. Die Frage nach den Schwankungen im Ertrage der einzelnen Jahre ist wie diejenige, ob dieser Gewinn in fortwährender Abnahme begriffen war, hierbei offen gelassen. Auch wußten die Gebrüder Pf. sowohl vor wie bei Abschließung des Geschäfts sehr wohl, daß der von Herrn V. zugesagte Rentabilitäts-Nachweis in jenem Sinne gemeint war. — Denn sie erklärten in dem unter'm 23. Juli 1878 an den Unterhändler L. gerichteten Schreiben, es seien *in den letzten drei Jahren die Verhältnisse nicht allein für F., sondern für ganz Deutschland andere geworden.* Sie fügten in dem nämlichen Briefe bei, daß wenn sie sich aus den Andeutungen der Herren V. und L. *die Rentabilität der letzten zwei Jahre* zusammenreihten, sie immer nur auf einen Preis von 200,000 Mk. für das Unternehmen kämen.

Waren demnach die Kläger, wie mit Recht die Entscheidungsgründe zum Oberlandesgerichtlichen Urtheile hervorgehoben haben, sich vollkommen bewußt, ein im Rückgange begriffenes Blatt zu erwerben, ein Unternehmen, dessen Ertrag in den letzten zwei, ja in den letzten drei Jahren abgenommen hatte, so haben sie sogar in der Klage angeführt und in der Replik wiederholt, es sei von Herrn V. bei der Zusicherung eines durch den „F. Anzeiger" in den Jahren 1873—77 abgeworfenen jährlichen Durchschnitts-Ertrags von 37,000 Mk beigefügt worden, auch das schlechteste Jahr habe nie einen geringeren Gewinn als 20,000 Mk. ergeben. Es räumen also die Käufer selbst ein, daß nach der vom Verkäufer vor dem Kaufs-Abschlusse abgegebenen ausdrücklichen Erklärung der Ertrag des Blattes sehr bedeutenden Schwankungen unterworfen war. Folgeweise befanden sich die Käufer zur Zeit des Vertragsschlusses hinsichtlich der Ertragsverhältnisse des „F. Anzeigers" in den Jahren 1873—77 in keinerlei Irrthume, und am allerwenigsten in einem vom Verkäufer veranlaßten Irrthume.

Die von letzterem gegebene Versicherung, es habe das Blatt in den letzten fünf Jahren einen jährlichen Durchschnittsertrag von 37,000 Mk. abgeworfen, hatte keinen andern Sinn, als daß der Gesammtgewinn in diesem Zeitraume, dividirt durch fünf, die besagte Summe ergebe; ein Ergebniß, welches von den Klägern zugestanden worden ist. Die Käufer wußten aber auch, daß ein Anderes vom Verkäufer nicht zugesagt worden war, wie sie denn einräumen, daß Herr V. sie ausdrücklich auf die großen Schwankungen im Ertrage der Zeitung aufmerksam gemacht hatte.

Auch in dieser Hinsicht, was nämlich den zugesicherten Ertrag der Zeitung in den Jahren 1873—77 anbelangt, weiset das wiederholt hervorgehobene Verhalten der Käufer nach abgeschlossenem Vertrage darauf hin, daß sie selbst das Geschäft als ein in voller Ordnung vor sich gegangenes erachteten. Denn sie übernahmen, nachdem sie die Bücher des Herrn V. eingesehen hatten, am 1. October 1878 den Betrieb des Blattes ohne alle Beanstandung, während sie doch vom Vertrage als einem resolutiv bedingten zurücktreten konnten, wenn der vom

Verkäufer zugesicherte Rentabilitäts-Nachweis, wie sie jetzt behaupten, nur zum Scheine geliefert war.

§ 8.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse. — Das eventuelle Klagesuchen; die Widerklage.

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, daß Herrn V. in Betreff des Verkaufs des „F. Anzeigers“ an die Gebrüder Pf. keinerlei dolus mit Grund vorgeworfen werden kann.

Den Verklagten trifft einmal der Vorwurf dolosen Verhaltens in Beziehung auf den Stand des Blattes im laufenden Jahre 1878 nicht; er hat in dieser Hinsicht weder durch Verschweigen dessen, was er hätte mittheilen sollen, noch durch concludente Handlungen oder durch wahrheitswidrige Angaben die Kläger getäuscht.

Er hat sich aber ebensowenig einen dolus in Betreff des von ihm zugesicherten Nachweises eines gegebenen Durchschnitts-Erträgnisses des Zeitungs-Unternehmens in den Jahren 1873 bis 77 zu Schulden kommen lassen.

Auch betrafen die angeblichen Täuschungen, deren Opfer die Kläger geworden zu sein behaupten, nicht solche Thatsachen, welche den Entschluß derselben zum Ankaufe des „F. Anzeigers“ bestimmten. Dies ergiebt sich aus der ganzen Actenlage. Die Käufer wußten, — wie auch die Entscheidungsgründe des Oberlandesgerchtlichen Urtheils hervorheben, daß sie ein im Rückgange begriffenes Unternehmen erwarben. Daher übernahmen sie dasselbe, trotzdem sie die Bücher des Verkäufers eingesehen hatten, ohne alle Beanstandung und ohne von der zu ihren Gunsten vereinbarten resolutiven Bedingtheit des Vertrags Gebrauch zu machen.

Ueberall handelt es sich bei den dem Vertragsabschlusse vorausgegangenen Unterhandlungen Seitens der Kaufliebhaber nur um den Preis, welchen sie gewähren könnten Mit Rücksicht auf die Preisberechnung allein bemängelten die Käufer die vom Verkäufer vorgeschlagene Vertragsgrundlage,

welche sie schließlich doch annahmen, nachdem Herr V. den ursprünglich verlangten Preis von 250,000 Mk. um 50,000 Mk. ermäßigt hatte. Bei dieser Sachlage dürfte man mit der Annahme kaum fehlgehen, daß die Kläger das Zeitungsunternehmen, dessen Rückgang ihnen bekannt war, in der Hoffnung erwarben, dasselbe wieder zu heben. Darauf deuten die Aenderungen hin, welche die Käufer bald nach der Uebernahme des Geschäfts mit dem Blatte vornahmen.

Wäre demnach der Herrn V. gemachte Vorwurf dolosen Verhaltens begründet, so würde dieser dolus nicht als ein sog. dolus causam dans sich darstellen, und zur Begründung des Antrags auf Vertragsaufhebung nicht ausreichen.

Allein es hat sich der Verkäufer in keinerlei Hinsicht in Betreff des in Frage stehenden Vertrags eines dolus schuldig gemacht. Daher erscheint nicht allein das principale Klagesuchen auf Rescission des Kaufvertrags, sondern auch der eventuelle Antrag auf Verurtheilung des Verklagten zur Schadloshaltung der Kläger als eines jeden Grundes entbehrend. Diese Sachlage enthebt von der Nothwendigkeit einer Prüfung der von den Klägern aufgestellten Schadensberechnung und der auf Grund hiervon von ihnen verlangten Schadensersatzsumme.

Indem sonach die von den Gebrüdern Pf. gegen Herrn V. angestellte Klage in ihrem principalen wie in dem eventuellen Suchen als eine eines jeden Grundes entbehrende abzuweisen ist, folgt hieraus, daß zugleich die Kläger und Widerbeklagten der vom Beklagten angestellten Widerklage gemäß verurtheilt werden müssen.

Bleibt nämlich der Vertrag vom 16. August 1878 aufrecht, so ist nach § 3 desselben Herr V. berechtigt, die Zahlung des gesammten rückständigen Kaufpreises zu verlangen, wenn eine der in den §§ 1 und 2 bedungenen Raten und festgesetzten Zinszahlungen nicht spätestens 14 Tage nach Verfall entrichtet sein sollte. Zur Zeit der im November 1879 zugestellten Widerklage waren aber sowohl die am 1. October d. J. fällig gewordene Capitalrate von 12,000 Mk., wie die Zinsen zu $4^3/_4$% pro Jahr vom Kaufpreisrückstande von 185,000 Mk. für die

Zeit vom 1. April bis 1. October 1879 noch unbezahlt, wie denn diese Beträge bis auf den heutigen Tag rückständig geblieben sind.

Damit erscheint, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, das petitum der Widerklage als begründet.

Miethvertrag.

Kann in der Empfangnahme und Quittirung von Miethzins eine Anerkennung des Miethvertrags von Seiten des Käufers eines Hauses gefunden werden, welcher das von dem zahlenden Miether benutzte Haus von dem Vermiether desselben käuflich erworben hat und die Geldzahlung als Miethzins für die Zeit der Innehabung der Wohnung nach dem Uebergang des Eigenthums an ihn in Empfang genommen hat?

Rechtsgutachten,

betr. die Rechtssache des hiesigen Weinhändlers Chr. B. und Ehefrau, Kläger, Appellanten und Revidenten, wider den hiesigen Händler J. J. W. und Ehefrau, Beklagte, Appellanten und Revisen, Wohnungsräumung betr.

Unterm 1. Dezember 1863 wurde Seitens des Weinhändlers Chr. B. und Ehefrau gegen den Händler J. J. W. und Ehefrau beim Stadtgerichte zu F. folgende Klage eingereicht:

Laut Kaufbrief (Art. 1) hätten Kläger am 16. Mai 1863 die Behausung Lit. L. Nr. 80 gekauft, und sei nach §. 4 des Kaufbriefs den Klägern von der Verkäuferin (des Käufers Mutter) mit der Unterzeichnung des Vertrags Besitz und Eigenthum, Nutzen und Beschwerden des Hauses übertragen.

Bei Uebernahme des Hauses haben sich Beklagte als Miether in demselben befunden, und sei denselben kurze Zeit nachher sowohl vom Kläger persönlich, wie im Auftrag dieser vom Notar Dr. M. mitgetheilt worden, daß er die Wohnung alsbald zu räumen habe.

Diese Aufforderung sei im Mai und Juni d. Jahres und seither öfter an die Beklagten gerichtet worden. Außerdem hätten die Kläger mit den Beklagten nicht selbst contrahirt, und auf die Vermiethung Seitens der früheren Eigenthümerin keine Rücksicht zu nehmen.

Auf Grund dieser Thatsachen wurde dahin geschlossen:

es wolle das Stadtgericht den Beklagten einen kurzen peremtorischen Termin zur Räumung des Hauses unter Verurtheilung derselben in die Kosten ansetzen.

In der Vernehmlassungsschrift wird zunächst in Ansehung des factischen Fundaments der Klage die Berichtigung gemacht, Kläger habe nicht die Behausung Lit. L. Nr. 80 gekauft, sondern vielmehr, wie sich aus dem Kaufbrief ergebe, die Hälfte dieser Behausung; diese sei ihm von dessen Mutter verkauft worden, während er bereits Eigenthümer der anderen Hälfte gewesen sei.

Außer Anderm wurde sodann namentlich der Einwand von den Beklagten geltend gemacht: die Unhaltbarkeit des klägerischen Anspruchs ergebe sich jedenfalls daraus, daß Chr. Br. (der Kläger) den Miethvertrag auch nach dem am 16. Mai 1863 geschlossenen Kauf dadurch thatsächlich anerkannt habe, daß er den gegenwärtigen Beklagten laut Anl. B. sowohl die vierteljährige Miethe vom 1. Juni bis 1. September 1863, als auch die vom 1. September bis 1. Dezember 1863 mit je 140 fl. quittirt habe. Es wird die Verwerfung der Klage ref. exp. beantragt. Replicando wird von den Klägern in Abrede gestellt, daß dieselben bei Vermiethung der Wohnung in irgend einer Weise mitgewirkt, indem nämlich Beklagte von des Klägers Mutter gemiethet hätten. Die Mutter des Klägers sei zu einer Hälfte Eigenthümerin des Hauses, zur anderen Hälfte statutarische Nutznießerin desselben gewesen. In dieser doppelten Eigenschaft habe sie den fraglichen Miethvertrag abgeschlossen, welcher dem Kläger auch rücksichtlich des Theiles des Hauses, der ihm als Erben seines Vaters angehört, keine Verpflichtung gegenüber den Miethern auflegen könne, weil diese Vermiethung von des Klägers Mutter nicht via mandati, son-

dern ex capite dominii utilis geschehen, welches derselben an dem Hause zu einer Hälfte zustand.

Auf den Einwand bezüglich der Quittung des Miethzinses für zwei Quartale wird Folgendes erwidert: Daß Kläger den laufenden Miethzins angenommen, präjudizirte ihnen ganz und gar nicht, es liege darin keine thatsächliche Anerkennung des Miethvertrags, und sei eine solche auch nicht beabsichtigt gewesen. Kläger hätten diesen Miethzinsbetrag als eine Vergütung für die bisher von den Beklagten genossene Wohnung, da diese kein Recht gehabt, umsonst zu wohnen, genommen, und dadurch nur das ihnen nach §. 4 des Kaufbriefs zustehende Recht auf den Nutzen des Hauses ausgeübt.

Die Beklagten wiederholen in der Duplik ihre Ausführungen in der Vernehmlassungsschrift, wonach Kläger durch Annahme des Miethzinses den Miethvertrag anerkannt haben sollen. Sie heben in dieser Beziehung hervor, daß Kläger replicando eingeräumt, den „M i e t h z i n s“ eingenommen zu haben, indem sie auf das Wort „M i e t h z i n s“ Gewicht legend, in jener Einräumung ein Geständniß finden wollen, daß Kläger sich als Vermiether betrachten.

Hierauf erging vom Stadtgericht das am 5. April 1864 insinuirte Urtheil dahin, daß Beklagte nach Maßgabe des Klagantrags die innehabende Wohnung binnen 14 Tagen zu räumen haben. In den Motiven desselben wird bezüglich des geltend gemachten Einwands ausgesprochen. In der Annahme des Miethzinses nach Abschluß des Kaufvertrags könne ein Eintritt der Kläger in den Miethvertrag nicht gefunden werden; denn es hätten die Beklagten selbstverständlich, so lange sie in der Wohnung geblieben, den Zins fort zu entrichten gehabt, und habe Kläger seine entgegengesetzte Absicht auf das Bündigste dadurch documentirt, daß er an demselben Tage, an welchem er den am 1. Dezember 1863 verfallenen Zins quittirt auch die Klage auf Räumung angestellt habe. Gegen dieses Urtheil wurde Seitens der Beklagten die Appellation eingelegt. Als Beschwerde wird namentlich auch geltend gemacht, daß das Stadtgericht bei Beurtheilung der Sache nur die Zinszahlung

vom 1. Dezember 1863 in Betracht gezogen, und als durch die Anstellung der Klage unpräjudicirlich erkannt, und nicht vielmehr auch die nach errichtetem Hauskaufbrief und vor der Klage von den Beklagten geleistete und von den Klägern angenommene Zinszahlungen in's Auge gefaßt und erklärt habe, daß Kläger hierdurch stillschweigend in den Miethvertrag eingetreten seien, und in Folge dessen dieselben nicht ref. exp. mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewiesen.

Nach gepflogener mündlicher Verhandlung wurde vom Appellationsgerichte durch ein am 9. August 1864 insinuirtes Urtheil dahin erkannt, daß die Klage auf Räumung der den Beklagten vermietheten Wohnung abzuweisen sei.

Motivirt wurde dieses Urtheil im Wesentlichen durch Folgendes:

> Es könne die Frage unerörtert bleiben, ob der Kläger B. bei Abschluß des Miethvertrags Mitcontrahent gewesen, weil die Anerkennung des durch den Miethvertrag begründeten Miethverhältnisses durch den Kläger liquid vorliege.

Kläger hätten eingeräumt, die Miethzinsen, wofür sie in den vorgelegten Anlagen quittirt, von den Beklagten angenommen zu haben. Zahlung und Empfang dieser Zinsen seien nach dem Verkauf und Eigenthumsübergange des Hauses an die Kläger erfolgt, und zwar lediglich für solchen Zins, welchen die in der Wohnung belassenen Beklagten nach diesem Zeitpunkt, in den beiden bezeichneten Quartalen verschuldet hätten. Auch seien die Quittungen in dem Miethquittungsbuch der Wwe. Br., ganz in derselben Weise, wie von dieser (der Mutter des Klägers) selbst, unbedingt und vorbehaltlos von dem Kläger ertheilt worden.

Gegen dieses Urtheil legten die Kläger unterm 11. August die Rechtsmittel der Revision und Oberappellation ein, während sie unterm 25. August die Revision verfolgen zu wollen erklärten. Die Revidenten führen aus, daß in der Einziehung des Miethzinses ein tacitus consensus zur Fortsetzung des Miethvertrags um deßwillen nicht zu finden sei, weil ein solcher

nur dann anzunehmen, wenn eine anderweitige Deutung unmöglich sei.

l. 20 pr. D. de acq. hered. (29. 2.)

während hier die andere Deutung möglich, daß Kläger den laufenden Miethzins nur als Aequivalent für die innehabenden Localitäten angenommen habe.

Auch hätten die Kläger, wie schon in der Klage angedeutet, alsbald nach Erwerbung des Hauses und seither wiederholt und öfter bis zum Beginn des Rechtsstreits die Beklagten zur Räumung des Locals aufgefordert, und es dürfte mindestens der Beweis dieser Behauptung nicht abgeschnitten werden.

Rechtliche Beurtheilung.

Die angestellte Klage auf Räumung der Behausung ist, wie keinem Zweifel unterliegen kann, eine Eigenthums- resp. publicianische Klage, obwohl das Petitum nicht gestellt ist, wie bei solchen Klagen üblich, dasselbe namentlich nicht auf eine pronuntiatio geht. Indessen stützt sich die Klage darauf, daß Kläger das bezeichnete Haus gekauft und tradirt erhalten habe, und daß Beklagte dasselbe (als Miether eines Dritten) detiniren, während um Verurtheilung derselben zur Räumung der Behausung gebeten wird.

In der Replik wird in Folge beklagtischerseits gemachter Einwendungen das thatsächliche Klagfundament näher substantiirt. Kläger führt nämlich an, daß das in Frage stehende Haus früher ihm zur einen Hälfte auf Grund der Beerbung seines Vaters und seiner Mutter zur anderen Hälfte angehört habe, während diese auch statutarische Nutznießerin der ihm gehörigen Hälfte gewesen, und in der Eigenschaft als Miteigenthümerin der einen Hälfte, und als Nießbraucherin der anderen das Haus an die Beklagten vermiethet habe. Nachdem der Kläger nun volljährig geworden, und das Nießbrauchsrecht der Mutter aufgehört, habe er das Eigenthum am ganzen Haus dadurch erworben, daß er die seiner Mutter gehörige Hälfte von ihr gekauft und tradirt erhalten habe.

Dieser in der Replik vorgebrachte Nachtrag zur Klage ist von den Beklagten nicht beanstandet worden, und unterliegt um so weniger einem Bedenken, als Beklagte auf denselben einzulassen in der Replik Gelegenheit hatten und dies auch wirklich gethan haben.

Hiernach ist aber die vorliegende Eigenthumsklage, oder resp. publicianische Klage genügend substantiirt. Kläger behauptet, er sei Eigenthümer des näher bezeichneten Hauses, indem er als Erwerbsgrund seines Eigenthums an der einen Hälfte auf die Beerbung von seinem Vater, und für die andere Hälfte auf Kauf und Tradition von seiner Mutter, der früheren Eigenthümerin dieser Hälfte sich beruft, — sowie ferner zur Substantiirung seiner Passiv-Legitimation darauf, daß Beklagte das Haus als Miether innehätten.

Da auch diese genügend substantiirte Klage für liquid zu erachten ist, indem die zu deren Begründung wesentlichen Thatsachen von den Beklagten eingeräumt werden, so sind die vorgebrachten Einreden zu prüfen, auf deren Grund die Beklagten die Abweisung der Klage beantragt haben.

Von diesen Einreden kommt die folgende in Betracht, daß nämlich Kläger nach dem mit seiner Mutter geschlossenen Hauskauf von den Beklagten die früher von der Vermietherin bezogenen Miethzinsen angenommen habe, worin dann eine Anerkennung des Miethvertrags Seitens des Klägers liege. Und es hat denn auch auf diese zweite Einrede hin die sent. a qua die Klage pure abgewiesen, während Kläger und Revidenten sich principaliter darüber beschwert haben, daß nicht das stadtgerichtliche Urtheil bestätigt worden, eventuell aber um deßwillen, weil sie pure abgewiesen seien.

Beklagte haben in ihrer Vernehmlassungsschrift behauptet, es habe der Kläger Chr. B. nach dem am 16. Mai 1863 geschlossenen Hauskauf den Miethvertrag dadurch thatsächlich anerkannt, daß er die beiden Quartalmiethbeträge vom 1. Juni bis 1. September, und vom 1. September bis 1. Dezember 1863 quittirt habe.

Und in der That ist die Thatsache der Quittirung über jene Miethzinsen durch die beigebrachten und vom Kläger in keiner Weise beanstandeten Quittungen für vollkommen festgestellt zu erachten. Ebenso sind die Quittungen, wie bereits in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua hervorgehoben, im Miethquittungsbuch der Wwe. Br. ausgestellt, sowie dieselben auch keinerlei Vorbehalt enthalten. — Fraglich kann es hiernach nur sein, ob die Thatsache, daß der Käufer eines Hauses die von seinem Verkäufer stipulirten Miethgelder von dem Miether entgegennimmt und demselben darüber quittirt, eine Anerkennung des Miethvertrags Seitens des Käufers in der Art involvirt, daß derselbe sich dadurch verbindlich macht, den Vertrag auszuhalten, daß er mit a. W. die Verbindlichkeiten des Vermiethers aus diesem Vertrag übernimmt.

Dies hat die sententia a qua unter der Voraussetzung angenommen, daß der Bezug der vom Verkäufer stipulirten Miethzinsen durch den Käufer ohne Vorbehalt geschehen.

Indessen ist diese Meinung unrichtig. Die Thatsache nämlich, daß der Käufer einzelne Rechte seines Verkäufers aus dessen mit einem Dritten abgeschlossenen Miethvertrag ausübt, weist der Natur der Sache nach nicht auf die Absicht des Käufers hin, in die ganze Summe von Rechten und Verpflichtungen, welche der von seinem Verkäufer eingegangene Miethvertrag für diesen begründete, eintreten zu wollen. Jedenfalls läßt jene Thatsache anderweitige Auslegungen zu, indem sie aus verschiedenem Grunde und in verschiedenem Sinne vorgenommen sein kann. Möglich ist, daß der Käufer die Miethgelder vom Miether seines Verkäufers auf Grund einer von diesem an ihn gemachten Cession eingezogen, ein Fall, auf den die Römischen Rechtsquellen mehrfach reflectiren;

l. 53 pr. D. de actionibus emti venditi (19. 1);

l. 13 D. qui potior. in pignorem (20. 4);

und wenn auch eine solche Cession regelmäßig nur dann vorkommen wird, wenn der Verkäufer sich von seinem Käufer die Fortsetzung der Miethe hat versprechen lassen, so ist durch ein

solches pactum der Käufer nur seinem Verkäufer, und nicht dem Miether dieses Letzteren obligirt.

Möglich ist es aber ferner, daß der Bezug der von seinem Verkäufer stipulirten Miethzinsen durch den Käufer lediglich zu dem Zwecke geschehen, um sich eine Entschädigung dafür zu sichern, daß der Miether in dem verkauften Haus wohnen geblieben ist, und es spricht gegen eine solche Absicht des Käufers offenbar der Umstand nicht, daß er die bezogenen Geldbeträge in der Quittung als Miethgelder bezeichnete, obwohl dieselben hier in Wirklichkeit diesen Character nicht haben.

Daß aber ein solcher Bezug der sog. Miethgelder in der zuletzt bemerkten Absicht stattgehabt, wird zweifellos dann anzunehmen sein, wenn der Käufer vor oder bei der Empfangnahme der ersten Miethgeldzahlung seine Absicht, daß der Miether das gekaufte Haus räume, in unzweideutiger Weise ausgedrückt hat, sollte er auch ohne Vorbehalt über Empfang der Miethzinsen quittirt haben. Hat insbesondere der Käufer nach perfectem Kaufe den Miether seines Verkäufers aufgefordert, das Haus zu räumen, und nachher von diesem, welcher dessenungeachtet im Hause wohnen geblieben, den Betrag der Miethe bezogen, und über den Empfang der Miethgelder quittirt, so liegt darin an und für sich noch keineswegs der Ausdruck einer veränderten Absicht, nicht die Kundgebung, daß nunmehr der Käufer an Stelle seines Verkäufers in den Miethvertrag eintreten wolle.

In der vorliegenden Streitsache hat nun Kläger bereits in der Klage behauptet, daß er kurze Zeit nach Uebernahme des Hauses im Mai und Juni 1863 und seither öfter, also jedenfalls vor dem Bezug der ersten Miethzinszahlung die Beklagten aufgefordert habe, und resp. habe auffordern lassen, die Behausung alsbald zu räumen. Diese Thatsache ist aber nach dem bereits Ausgeführten keineswegs werthlos, wie in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua wegen ihrer angeblichen Unbestimmtheit behauptet, und ebensowenig wird deren Bedeutung, wie der vorige Richter angenommen, dadurch beseitigt, daß Kläger nicht behauptet haben, es sei von ihnen bei

der späteren Annahme und Quittung der Miethzinsen vom 1. September bis 1. Dezember 1863 die Räumung der Wohnung vorbehalten worden. Allerdings haben nun die Beklagten jene vom Kläger behauptete Aufforderung zur Räumung der Wohnung in Abrede gestellt. Allein es hätte der vorige Richter, wenn er überhaupt auf die Thatsache, daß Kläger nach vollendetem Hauskaufe zweimal Miethgelder von den Beklagten erhoben und darüber quittirt, für relevant erachten wollte, keineswegs auf Grund derselben die Klage sofort abweisen, vielmehr den Klägern, worauf diese nunmehr in der Revisionsinstanz eventuell angetragen, noch den Beweis der geschehenen Aufforderung zur Räumung der Wohnung vorbehalten sollen.

Von einem solchen Vorbehalt ist jedoch in der dermaligen Instanz zu abstrahiren, und zwar aus dem Grunde, weil die allerdings erwiesene Behauptung der Beklagten, daß Kläger nach vollendetem Hauskauf zweimal Miethgelder von den Beklagten entgegengenommen und darüber quittirt habe, irrelevant ist.

Hätten Beklagte sich darauf berufen, daß Kläger nach vollendetem Hauskauf an Stelle seines Verkäufers in das Miethverhältniß eingetreten, und zur Substantiirung dieser Behauptung die fraglichen Quittungen über die Miethgelder angeführt, so wäre allerdings den Beklagten der Beweis aufzulegen, daß Kläger in das Miethverhältniß eingetreten, wobei es ihnen überlassen bleiben müßte, in dem Beweisverfahren von der Thatsache der Empfangnahme der Miethgelder durch die Kläger Gebrauch zu machen.

Allein es haben die Beklagten nicht überhaupt behauptet, daß Kläger in das Miethverhältniß an Stelle seines Verkäufers eingetreten, daß er den von diesem geschlossenen Miethvertrag anerkannt habe, sondern sich lediglich darauf berufen, daß Kläger nach geschlossenem Hauskauf den Miethvertrag dadurch thatsächlich anerkannt habe, daß er zwei vierteljährliche Miethzinszahlungen in Empfang genommen. Da nun aus dieser Thatsache an und für sich die daraus gefolgerte Anerkennung des

Miethverhältnisses durch den Käufer in der That nicht folgt, so muß die bezügliche Einrede als unbegründet verworfen werden.

Gesellschafts-Vertrag.

(Societas.)

I. Ist die Vereinigung mehrerer Personen zum Zwecke des Betriebs eines Exportgeschäfts, also eines Handelsgewerbes ohne eine gemeinschaftliche Firma, eine Handelsgesellschaft, insbesondere eine offene Handels-Gesellschaft oder nicht vielmehr eine **civilrechtliche,** nach den Grundsätzen des **allgemeinen bürgerlichen Rechts** zu beurtheilende Gesellschaft?

II. Wenn über die Führung der Geschäfte der Societät durch einen oder mehrere Gesellschafter nicht besondere Festsetzung getroffen ist, jeder der Gesellschafter also zum Betrieb der Geschäfte der Gesellschaft gleichmäßig berechtigt und verpflichtet ist, kann in solchem Falle ein Theilhaber der Gesellschaft sich auf einen dem andern Theilhaber zur Schuld gereichenden Mangel an Sorgfalt in der Erfüllung von Verbindlichkeiten berufen, wenn er selbst in gleichem Verschulden sich befand?

III. Ist dies Letztere insbesondere nicht der Fall, wenn Blanko-Accepte, die zur Deckung der Schuld eines Dritten an die Gesellschaft sich in der Innehabung des einen Gesellschafters befanden, von diesem nicht rechtzeitig zur Einlösung gebracht, beziehungsweise von demselben nicht die zur Erhaltung des Wechsel-Obligo des Acceptanten erforderlichen Schritte gethan sind, und der andere Theilhaber keine Maßregeln zum Gebrauch der Wechselaccepte, beziehungsweise zur Erhaltung des Wechsel-Obligo's seinem Mitgesellschafter gegenüber rechtzeitig ergriffen hat, vielmehr nach Lage der Sache mit dem Nichtgebrauch der Blanko-Accepte sich stillschweigend einverstanden erklärt hat?

IV. Worin besteht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns? Liegt insbesondere eine Vernachlässigung derselben vor, wenn der Inhaber von Blanco-Accepten es unterläßt, diese mittelst einer Mehrheit von Klagen geltend zu machen, die vom Großherzogthum Baden aus in Nord-Amerika angestellt werden müssen und zwar gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner, lediglich in der Voraussicht, daß derselbe später einmal in bessere Vermögensumstände kommen dürfte?

V. Ist die dreijährige Verjährungsfrist der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung oder nicht vielmehr die fünfjährige Frist des in St. Louis geltenden Rechts bezüglich des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten maßgebend, wenn in dem Wechselformular des Blanko-Accepts ein Zahlungs-Ort nicht angegeben, der Wohnort des Acceptanten aber zur Zeit des Accepts in St. Louis war?

Rechtsgutachten.

In Sachen der Ww. des B. K. in M. und Genossen, Kläger, wider die Gebr. Ab. daselbst, Verklagte, Forderung betreffend, sind wir im Auftrage der Verklagten durch deren Vertreter, Herrn Rechtsanwalt G., um ein rechtliches Gutachten darüber angegangen worden, ob das in dieser Angelegenheit in erster Instanz ergangene handelsgerichtliche Urtheil für begründet zu erachten ist, oder ob und in wie ferne nicht vielmehr eine dagegen zu ergreifende Appellation Aussicht auf Erfolg hat.

§ 1.

Die thatsächlichen Verhältnisse.

Aus den uns mitgetheilten Handacten des Vertreters der Verklagten haben wir in thatsächlicher Beziehung Folgendes entnommen.

Der im Jahr 1869 in Mannheim verstorbene B. K., Ehemann und beziehungsweise Vater und Großvater der Mitkläger betrieb auf Grund eines Vertrages vom 24. August 1851 in Gemeinschaft mit der jetzt verklagten Firma „Gebr. Ab.," da-

mals in F., auf gemeinschaftliche Rechnung (a conto meta) ein Tabaks-Export-Geschäft nach Nordamerika. Die Tabakssendungen gingen an das Haus „M. K. & Ab." in New-York, dem als Gesellschafter Max Ab., der Sohn eines damaligen Theilhabers der nunmehr verklagten Firma, angehörte. In welchem Verhältnisse die Firma „M. K. & Ab." zur Firma „Gebr. Ab." und beziehungsweise zu der zwischen letztgenannter Firma und B. K. bestehenden Exportgesellschaft stand, ist unter den Parteien streitig. Nach der Behauptung der verklagten Firma standen K. & Ab. zu ihr in der Stellung einer Filiale; nach der Auffassung der Kläger kauften jene den übersandten Tabak für eigene Rechnung.

Wie dem auch sei, so erlitt die Gesellschaft B. K. und Gebr. Ab. bei dem von ihr betriebenen Exportgeschäfte große Verluste. Der Gesammtbetrag derselben betrug laut Abrechnung vom 14. Oct. 1857 die Summe von fl. 78,332. 37 kr., welche zur einen Hälfte mit fl. 39,191 18 kr. dem B. K. zur Last geschrieben wurde. Schon vorher, nämlich am 2. Januar 1857, hatte jedoch einer der Theilhaber der Amerikanischen Firma K. & Ab., Max Ab., bei seiner Anwesenheit in Europa zur Deckung dieser Verluste 20 Blanco-Accepte von je 1000 Dollars, auf verschiedene Zeitpunkte fällig gestellt, an die Firma „Gebr. Ab." behändigt und letztere diesen Empfang dem B. K. mittelst Urkunde vom 15. Okt. 1857 mit dem Beifügen bescheinigt, daß dieser, falls die Rimessen bei Verfall theilweise oder ganz honorirt würden, die Hälfte zu beanspruchen habe.

Die Mitkläger als Rechtsnachfolger des verstorbenen B. K. verlangen nun von der Firma „Gebr. Ab." die Hälfte der durch die Blanco-Accepte repräsentirten Summe von 20,000 Doll., beziehungsweise, da einige der Miterben der Klage nicht beigetreten sind, die Bezahlung von 43/48 Theilen jenes Betrags, mit 8958 $^1/_3$ R.-Mark. Sie gründen diesen Anspruch

1) in erster Linie auf die Behauptung, daß die Verklagten den Betrag der Blanco-Accepte von Max Ab. erhalten haben;

2) eventuell, d. h. für den Fall, daß diese Empfangnahme nicht stattgefunden haben sollte, darauf, daß die Nicht-Einlösung der Accepte ihren Grund in einem den Verklagten zur Schuld gereichenden Mangel an Sorgfalt ihren Grund habe, da diese es unterlassen hätten, die zur Realisirung der Blanco-Accepte nöthigen Schritte zu thun.

Von Beklagter Seite wurde jedoch der Empfang von 20,000 Doll. in Abrede gestellt, und daneben behauptet, daß der Betrag von fl. 39,191, welcher dem B. K. zur Last geschrieben worden sei, lediglich dessen Antheil am Verluste der Gesellschaft B. K. und Gebr. Ab., und nicht eine Forderung an Max Ab. darstellte. Dieser habe, veranlaßt durch die ihm wegen der schlimmen Ergebnisse des Exportgeschäfts gemachten Vorwürfe, ohne damit eine Verbindlichkeit anzuerkennen, die Blanco-Accepte an die Gebrüder Ab. unter der ausdrücklichen Bedingung übergeben, daß die betreffenden Wechseldocumente nur dann ausgefüllt und gebraucht werden sollten, wenn er bei der beabsichtigten Association mit M. S. C. reüssire; eine Verbindung, welche jedoch durch die Vergantung von Max Ab. und C. ihr Ende genommen habe.

Hiernach sei weder die principale, noch die eventuelle Klage begründet; die letztere um deßwillen nicht, weil die von Max Ab. bei der Uebergabe der Blancoaccepte gestellte Bedingung nicht eingetreten sei.

Während der jüngste der übergebenen Wechsel am 2. Oct. 1862 fällig geworden sei, habe sich Max. Ab. bis 1870 nicht in der Lage befunden, die geringste Zahlung zu leisten; nachher aber seien die sämmtlichen Wechsel verjährt gewesen. B. K. habe aber die Bedingung gekannt, unter welcher die Blanco-accepte übergeben worden seien. Dessenungeachtet habe er niemals das Ansinnen gestellt, von denselben Gebrauch zu machen. Die Flüssigmachung der betreffenden Accepte sei mit dessen voller Zustimmung unterblieben.

Das bei dem Handelsgerichte in Mannheim hierauf ergangene Beweiserkenntniß legte, die principale Klage betreffend, den Klägern den Beweis ob:

„daß die Firma „Gebr. Ab." den Betrag der laut Ur-
„kunde vom 15. Oct. 1857 von Max Ab. anerkannten
„Capitalschuld an die zwischen B. K. und Gebr. Ab. be-
„standene Gesellschaft mit 20,000 Doll. (oder welchem
„Theile hiervon) eingenommen habe."

Die eventuelle Klage anlangend, ging das Handelsgericht davon aus, daß die Verklagten die Verpflichtung hatten, für die Einlösung der Wechsel Sorge zu tragen, daß sie aber dieser Verbindlichkeit nicht nachgekommen seien, indem sie jeden Versuch zur Eincassirung der Wechsel unterlassen hätten.

Deßhalb sei die verklagte Firma den Klägern entschädigungspflichtig, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Wechsel, wenn Beklagte von ihnen Gebrauch gemacht hätten, wirklich zur Einlösung gebracht worden wären.

Aus diesen Gründen wurde in Betreff der eventuellen Klage den Klägern der Beweis auferlegt:

„daß sich die Vermögensumstände des Max Ab. nach
„Ausstellung der Accepte in dem Grade verbesserten, daß
„die beklagte Firma bei Anwendung der Sorgfalt eines
„ordentlichen Kaufmannes die Einlösung der übergebenen
„Wechsel hätte bewirken können."

Zugleich wurde den Verklagten mit Rücksicht auf die von ihnen vorgeschützten Einreden der alternative Beweis aufgegeben:

„daß Max Ab. der beklagten Firma die Wechsel unter
„der ausdrücklichen Bedingung übergab, daß die Unter-
„schrift des Ausstellers nur dann beigefügt und ein Ge-
„brauch der Wechsel erst dann gemacht werden dürfe, wenn
„Max Ab. bei seiner damals beabsichtigten Association
„mit M. S. C. guten Erfolg habe"

oder:

„daß der verstorbene B. K. seine Zustimmung dazu
„gab, daß seitens der Beklagten jeder Versuch die von M.

„A. übergebenen 20 Wechsel-Accepte einzucassiren, unter-„blieben ist."

Nach abgesetztem Beweisverfahren wurde durch das beim Handelsgerichte in Mannheim ergangene Endurtheil, die principale Klage betreffend, erkannt, daß die Theilhaber der verklagten Firma den klägerischen Seits zugeschobenen und von ihnen angenommenen Eid dahin zu leisten hätten:

„Es ist nicht wahr, daß die beklagte Handlung, seit ich „Theilhaber derselben bin, von Max Ab. die 20,000 Doll. „(oder wie viel weniger) eingenommen hat, welche derselbe „nach der von Gebr. Ab. dem B. K. ausgestellten Ur-„kunde vom 15. Oct. 1857 der zwischen B. K. und Gebr. „Ab. bestandenen Gesellschaft schuldig zu sein bekannte; „auch habe ich sorgfältiger Nachforschung ungeachtet die „Ueberzeugung nicht erlangt, daß die genannte Schuld der „beklagten Handlung vor meinem Eintritt in dieselbe heim-„bezahlt wurde."

Was dagegen die eventuelle Klage anbelangt, so geht das handelsgerichtliche Urtheil davon aus, daß der den Klägern auferlegte Beweis für die Zeit vom J. 1873 an durch den vorgelegten und beklagter Seits anerkannten Auszug aus den Registern der Stadt New-York geführt sei.

Indem es sich demnach nur um den den Verklagten auferlegten alternativen Einredebeweis handelte, wurden, unter Verwerfung der von den Verklagten vorgeschlagenen Beiladung des Max Ab. als einer unstatthaften, die Kläger für schuldig erkannt, die verklagter Seits zugeschobenen und von ihnen acceptirten Eide dahin zu schwören:

1. „Ich habe sorgfältiger Nachforschung ungeachtet die „Ueberzeugung nicht erlangt, daß Gebr. Ab. die frag-„lichen Accepte von Max Ab. mit der ausdrücklichen „Bedingung übergeben erhielten, daß die Unterschrift „des Ausstellers erst dann beigefügt und von den „Wechseln erst dann Gebrauch gemacht werden dürfe. „wenn dessen damals beabsichtigte Verbindung mit M. „S. C. guten Erfolg haben würde;"

2. „ich habe sorgfältiger Nachforschung ungeachtet die „Ueberzeugung nicht erlangt, daß der verstorbene B. „K. seine Zustimmung dazu gegeben hat, daß von „Seiten der Gebr. Ab. jeder Versuch unterblieben ist, „die ihnen von Max Ab. übergebenen Wechsel im Be„trage von 20,000 Doll. einzucassiren."

§ 2.

Die rechtliche Beurtheilung.

Bei der rechtlichen Beurtheilung der vorliegenden Streitsache bleibt die principale Klage außer Betracht. Sie gründet sich auf die Behauptung, daß die Verklagten von Max Ab. 20,000 Doll. zum Zwecke einer Schuldausgleichung erhalten haben, während jene mittelst Reverses vom 15. Oct. 1857 sich für den Fall des Eingehens dieses Betrags zur Ausantwortung der Hälfte desselben an B. K. und beziehungsweise dessen Erben verpflichteten. Der Revers ist in seiner Aechtheit unbestritten geblieben, und gegen denselben auch nicht geltend gemacht worden, daß er nur pr. Gebr. Ab., G. unterzeichnet ist.

Dagegen haben die Verklagten den Empfang des betreffenden Betrags in Abrede gestellt und den ihnen deßfalls zugeschobenen Eid angenommen; sie sind bereit denselben zu schwören, und demnach nicht in der Lage, gegen den bezüglichen Theil des handelsgerichtlichen Erkenntnisses Rechtsmittel zu ergreifen. Anders verhält es sich hinsichtlich der eventuellen Klage, welche für den Fall angestellt ist, daß anzunehmen sein sollte, es seien die in Frage stehenden 20,000 Doll. von der verklagten Firma nicht empfangen worden. Diese Klage nämlich zu prüfen, zu untersuchen, ob sie begründet ist und ob und in wie ferne das handelsgerichtliche Urtheil als richtig erscheint, ist die uns gestellte Aufgabe.

Die Klage stützt sich darauf, daß Kläger durch die Nichteinlösung der im Betrage von 20,000 Doll. durch M. Ab. ausgestellten Blanco-Accepte Schaden erlitten haben, und daß dieser Schaden durch die Schuld der Verklagten, welche alle zur Rea-

lisirung der Accepte nöthigen Schritte unterlassen hätten, entstanden ist.

Was nun zunächst die Accepte selbst anbetrifft, so hat Max Ab. an die Gebr. Ab. 20 Urkunden übergeben, welche sämmtlich die Form von Tratten an eigene Ordre haben, das Datum F. 2. Januar 1857 tragen, auf je 1000 Doll. Am. Ct. lauten, als Bezogenen Herrn M. Ab. bezeichnen und eine gegebene Zeit a dato verfallen sollten. Die sonst gleichlautenden Schriftstücke sind 12 Monate, 15 Monate, 18 Monate, 21 Monate a dato u. s. w. gestellt; das am längsten laufende Papier lautet 69 Monate a dato und sollte demnach am 2. Oct. 1862 verfallen. Die sämmtlichen Urkunden sind ohne Unterschrift des Trassanten und ohne Angabe eines Zahlungsorts, haben dagegen den quer durch den Context geschriebenen Acceptationsvermerk „acceptirt Max. Ab.“

Sollte nun der durch die Blanco-Accepte dargestellte Werth realisirt werden, so war es vor allem nöthig, die betreffenden Formulare mit der Unterschrift des Trassanten und mit der Angabe des Zahlungsorts zu versehen. Auch mußte dieses vor Eintritt der Wechselverjährung geschehen; und waren nicht weniger vor diesem Zeitpunkte die ausgefüllten Tratten zur Zahlung zu präsentiren, beziehungsweise die Wechselverjährung mittelst Klage aus den betreffenden Accepten zu unterbrechen.

Renaud, Wechselrecht (3. Aufl.) § 93.

Die Handlungen, welche erforderlich waren, um die Einlösung der Wechselaccepte herbeizuführen, und beziehungsweise durch Unterbrechung der Wechselverjährung den Acceptanten im Wechselobligo zu erhalten, sind nun zugestandenermaßen nicht geschehen. Das Schicksal der eventuellen Klage hängt sonach vor allem davon ab, ob den Verklagten wegen jener Unterlassungen eine Schuld zur Last fällt und zwar gegenüber dem Erblasser der Mitkläger B. K, welchem sowohl nach der Intention des Gebers der Blancoaccepte, wie zweifellos nach dem von den Gebr. Ab. unterm 15. Oct. 1857 ausgestellten Reverse ein Anspruch auf die Hälfte der aus den Accepten eingehenden

Summen zustand. Eine solche Schuld trifft aber die Verklagten jedenfalls nur dann, wenn sie und sie allein, d. h. nicht zugleich ihr früherer Mitgesellschafter B. K., die Verpflichtung hatten, die zur Einlösung der Blanco-Accepte und zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Schritte zu thun. Bildet aber jene Verbindlichkeit unter allen Umständen die Voraussetzung einer den Gebr. Ab. zur Last fallenden Culpa, so ist ein solches Verschulden nicht nothwendig begründet, wenn auch den Verklagten an sich die Pflicht oblag, für die Einlösung der Wechsel und beziehungsweise die Aufrechthaltung des Wechselrechts Sorge zu tragen. Hieraus ergibt sich der zweifache Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen.

Dieselben sollen einmal feststellen, wem die Verpflichtung oblag, für die Einlösung der Accepte und die Erhaltung des Wechselrechts Sorge zu tragen; andererseits untersuchen, ob, wenn den Gebr. Ab. allein eine solche Verbindlichkeit zukam, diesen wegen des unterlassenen Gebrauchs der Wechsel eine Schuld zur Last fällt.

§ 3.

Fortsetzung. — Die Verpflichtung für die Einlösung der Blancoaccepte und beziehungsweise die Erhaltung des Wechselrechts aus denselben Sorge zu tragen.

Die in zweiter Linie angestellte, hier allein in Betracht kommende Klage ist die Actio pro socio. B. K., der Erblasser der Mitkläger, stand mit der Firma Gebr. Ab. in einem Societätsverhältnisse zum Zwecke des Exports von Tabak nach Amerika; das Geschäft hatte große Verluste erlitten, welche jedem der beiden Gesellschafter zu gleichen Theilen zur Last fielen. Diese Einbußen waren nach der Darstellung der Kläger durch das Verschulden der Firma K. und Ab. in New-York verursacht worden, an welche demnach die Gesellschaft B. K. und Gebr. Ab. eine bezügliche Forderung hatte. Zur Deckung dieser Schuld hatte einer der Theilhaber der

Firma K. und Ab. den Gebr. Ab. Blancoaccepte im Betrage von 20,000 Doll. eingehändigt. Hiernach, sowie nach der ausdrücklichen Erklärung der Empfänger dieser Papiere in dem von ihnen unterm 15. Okt. 1857 ausgestellten Reverse, hatte B. K. in seiner Eigenschaft als socius der Gebr. Ab. Anspruch auf die Hälfte der aus den Wechseln eingehenden Beträge. Nachdem nun keinerlei Einlösung der Blancoaccepte stattgefunden, ja diese durch Verjährung durchaus unbrauchbar und werthlos geworden sind, legte die Klage dies den Verklagten zur Last, indem sie ihnen einen schuldvollen Mangel in der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten als Theilhaber der Gesellschaft vorwirft.

Vermag hiernach die Natur der angestellten Klage als einer actio pro socio keinem Zweifel zu unterliegen, so kommt hiergegen nicht in Betracht, daß an Stelle des verstorbenen B. K. dessen Erbfolger als Kläger aufgetreten sind. Denn es geht die actio pro socio auf die Erben des mit Tode abgegangenen Gesellschafters über:

„Item dolus et culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, „tam ab haerede, quam haeredi praestanda sunt"

l. 65 § 9 D. pro socio (17. 2).

Auch steht jener Auffassung der vorliegenden Klage der Umstand nicht entgegen, daß bereits zur Zeit der Uebergabe der Blancoaccepte, 2. Januar 1857, die Exportgesellschaft B. K. und Gebr. Ab. aufgelöst war, weil die Gesellschaft für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird, fortwirkt.

l. 27, 28, l. 38, l. 63 § 8, l. 65 § 2 u. 9 D. pro socio (17. 2);

Windscheid. Pandekten §. 408. 3.

Die Blancoaccepte waren aber an einen der Theilhaber der aufgelösten Exportgesellschaft zur Deckung einer angeblichen Forderung dieser Gesellschaft an die Firma K. und Ab. in New-York behändigt worden. Diese Uebergabe war geschehen, ehe und bevor durch Abrechnung unter den Theilhabern

der Exportgesellschaft B. K. und Gebr. Ab. der Gesammtbetrag der Verluste, für welche K. und Ab. in New-York aufkommen sollten, festgestellt und jedem der beiden Theile mit fl. 39,191. 18. zur Last geschrieben war; während am Tage nach jener Abrechnung, nämlich am 15. October 1857, die Gebr. Ab. mittelst eines an B. K. ausgestellten Reverses anerkannt hatten, daß letzterer in Folge des in Conto meta gehabten Exportgeschäfts, wovon das gemeinschaftliche Guthaben herrühre, die Hälfte der aus den Rimessen eingehenden Beträge anzusprechen habe. Durch die Hingabe und Annahme der Blancoaccepte war aber nicht die wirkliche oder angebliche Forderung der Exportgesellschaft B. K. und Gebr. Ab. an die Firma K. und Ab. getilgt worden; eine Tilgung, welche im Zweifel nicht anzunehmen ist, Renaud Wechselrecht (3. Aufl.) S. 313 flg., und für welche actenmäßige Momente nicht vorliegen. Vielmehr hatte die Uebergabe der Blancoaccepte, wenn sie nicht ein bloßer Act der Freigebigkeit war, was im Widerspruche mit der Darstellung der Kläger, und mit der von ihnen unterm 1. November 1875 gegen Max Ab. angestellten Klage stehen würde, nur die Bedeutung einer Anerkennung der Schuld der Firma K. und Ab. an die Exportgesellschaft B. K. und Gebr. Ab., und einer Erleichterung der Geltendmachung dieser Forderung.

Hiernach handelte es sich bei Vornahme der Schritte, die nöthig waren, um die Einlösung der Accepte herbeizuführen, um die Realisirung einer Forderung der aufgelösten Gesellschaft, um Handlungen zum Zwecke der Auseinandersetzung, der Liquidation der beendigten Societät. Ungeachtet der Beendigung der Gesellschaft kommen aber bei deren Liquidation die Grundsätze in Anwendung, welche bei bestehender Societät die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu einander wie dritten Personen gegenüber regelten.

Ist nun den vorstehenden Ausführungen zufolge die vorliegende Klage die actio pro socio, so dürfte es zur Gewinnung einer festen Grundlage für deren Beurtheilung nöthig

sein, den Character des Societätsverhältnisses, aus welchem geklagt wird, festzustellen.

Die zwischen B. K. und Gebr. A b. eingegangene Societät war keine Gelegenheitsgesellschaft, wie die Klage meint. Denn als solche erscheint, wie schon der Name andeutet, und abgesehen von dem erst später in Kraft getretenen

Allg. d. H. Art. 266,

nach Maßgabe des L. R. Anhangs S 48 nur die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, während die in Frage stehende Gesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes, eines Exportgeschäftes nach Amerika, bezweckte. So erklärte der zwischen B. K. und Gebr. A b. unterm 24. August 1851 abgeschlossene Vertrag (S. 1).

„Beide Theile beabsichtigen ein Exportgeschäft nach Amerika einzuleiten."

Ging aber auch der Zweck der Vereinigung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes, so war jene doch keine Handelsgesellschaft, insbesondere keine offene Gesellschaft, weil ihr eine gemeinschaftliche Firma, wie sie schon vor dem Allg. d. H. Art. 85 durch das Bad. Landrecht, Anh. Satz 20. 21 verlangt wurde, fehlte.

Vielmehr war die zwischen B. K. und Gebr. A b. bestehende Gesellschaft, ihres auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteten Zwecks unerachtet, eine civilrechtliche, nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beurtheilende Gesellschaft.

Die Besorgung der Geschäfte einer solchen Gesellschaft kann nun durch eine besondere Vereinbarung der Gesellschafter im Gründungs- oder einem späteren Vertrage einem oder einigen der Socii übertragen sein.

Bad. L.R. Satz. 1856—1858.

In Ermanglung einer solchen Vereinbarung haben dagegen die Gesellschafter gegenseitig Gewalt

einer für den andern (l'un pour l'autre) die Geschäfte zu besorgen.

Bad. L.R. Satz 1859. 1.

Bei der Gesellschaft B. K. und Gebr. A b. war aber über die Führung der Geschäfte der Societät nichts besonderes festgesetzt. — Der Vertrag vom 24. August 1851 erwähnt nicht allein in keiner Weise der Geschäftsbesorgung, sondern enthält auch nicht nicht Eine Andeutung, daß diese der Firma Gebr. A b. übertragen gewesen wäre. Das Nämliche gilt von dem Vertrage vom 15. März 1852, welcher übrigens auf das Exportgeschäft keinerlei Bezug hat.

Allein auch durch eine anderweitige spätere Uebereinkunft wurde die Führung der Geschäfte der Gesellschaft der Firma Gebr. A b. nicht aufgetragen. Jedenfalls ist eine solche Thatsache in der Klage nicht behauptet worden. Denn es liegt eine derartige Behauptung nicht in der Angabe der Kläger, Gebr. A b. hätten die Geschäfte der Gesellschaft gegenüber M. A b., mit welchem sie für Rechnung der Societät unter ihrer Firma gearbeitet hätten, besorgt. Aus der thatsächlichen Besorgung von Geschäften der Gesellschaft durch einen socius ergibt sich nämlich nicht, daß dieser mit der Geschäftsführung durch eine Uebereinkunft der Gesellschäfter betraut gewesen sei. Auch stützt sich im Weiteren die Klage einfach darauf, daß der Grund der Nicht-Einlösung der Blancoaccepte in einem schuldvollen Mangel an Sorgfalt Seitens der Gebr. A b. in der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten als gewinnende Theilhaber, d. h. wenn man von dem sinnlosen Prädicate „gewinnende" absieht, „als socii" liege.

Wenn demnach das Handelsgericht in Mannheim in den Entscheidungsgründen zum Beweiserkenntnisse die Verpflichtung der beklagten Firma, für den Eingang der Wechsel zu sorgen, mit darauf gründet, daß diese Firma die Geschäfte der Exportgesellschaft führte, so ist diese Behauptung insoferne unrichtig, als sie den Sinn haben sollte, es sei den Gebr. A b. die Verwaltung der Societätsgeschäfte vertragsmäßig aufgetragen gewesen.

Dies ist hier aber allein erheblich. Ob dagegen die Verklagten thatsächlich die Geschäfte der Gesellschaft überhaupt oder doch gegenüber M. A b. besorgten, — erscheint, unter der hier allein zutreffenden Voraussetzung, daß die Geschäftsführung keinem der Gesellschafter vertragsmäßig oblag, als bedeutungslos.

Indem es nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen an jeder Vereinbarung fehlte, durch welche einem der beiden Gesellschafter die Verwaltung der Societätsgeschäfte übertragen gewesen wäre, galt, wie bereits bemerkt wurde, jeder socius als ermächtigt, einer für den andern die betreffenden Geschäfte zu besorgen. Es war mit a. W. jeder Gesellschafter zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft gleichmäßig berechtigt und verpflichtet, obwohl mit der Maßgabe, daß ein socius eine von ihm beabsichtigte Handlung unterlassen sollte, wenn Seitens des andern gegen deren Vornahme Widerspruch erhoben wurde.

L.R.S. 1859. 1.

Insbesondere war, um von einem solchen hier nicht in Frage kommenden Widerspruche abzusehen, jeder der beiden Gesellschafter verpflichtet, die Handlungen vorzunehmen, welche der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich brachte, oder die Erhaltung des Gesellschaftsfonds erforderte. Daher war auch jeder der socii gleichmäßig verbunden, die Schritte zu thun, die nöthig waren, um Forderungen der Gesellschaft aufrecht zu erhalten, beziehungsweise gegen Verjährung zu sichern. Forderungen der Art waren aber diejenigen aus den 20 Blancoaccepten, welche den vorstehenden Ausführungen zufolge zu dem Zwecke ausgehändigt worden waren, um die Geltendmachung des Anspruchs zu erleichtern, welchen die Exportgesellschaft B. K. und Gebr. A b. an die Firma K. und A b. hatte.

Die Sorge für die Einlösung dieser Accepte lag, wenn überhaupt einem socius, beiden Gesellschaftern gleichmäßig ob, in welcher Hinsicht es keinen Unterschied machte, daß die Exportgesellschaft bereits aufgelöst war.

Gegen die gleichmäßige Verpflichtung und Berechtigung beider Gesellschaftstheilhaber für die Einlösung der Accepte Sorge zu tragen, läßt sich nicht mit den Entscheidungsgründen des handelsgerichtlichen Beweiserkenntnisses geltend machen, daß die zur Herbeiführung des Eingangs der Wechselsummen nöthige Thätigkeit nur von der Beklagten als Inhaberin der Wechsel vorgenommen werden konnte. Denn es wußte B. K. in Folge des ihm unterm 15. Oktober 1857 ausgestellten Reverses, daß M. Ab. am 2. Januar des Jahres zur gänzlichen Tilgung des unter der Firma M. K. und Ab. in New-York seiner Zeit schuldig gewordenen Capitals an die Gebr. Ab. für 20,000 Dollars Accepte in 20 Raten von 1000 übergeben hatte, zahlbar vom 2. Januar 1858 an, je in 3 Monaten bis incluſ. 20. October 1862.

Nicht weniger war jener in der Lage, wenn auch die Accepte in der Innehabung des andern Gesellschaftstheilhabers sich befanden, von diesem die Ausfüllung der an eigene Ordre gestellten Wechselformulare und die Vornahme der zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten nöthigen Handlungen zu verlangen; oder statt dessen die Herausgabe der Blancoaccepte oder doch der Hälfte derselben zum Zwecke eigener Ausfüllung der Formulare und selbstständiger Vornahme der zur Erhaltung des Wechselobligos nöthigen Schritte zu fordern. Trifft sonach die Gebr. Ab. wegen Unterlassung der betreffenden Handlungen eine Schuld, so war B. K. in pari negligentia. Folgeweise erscheint die von den Rechtsnachfolgern dieses letzteren angestellte Klage, welche sich darauf stützt, daß der Grund der Nicht-Einlösung der Accepte in einem den Verklagten zur Schuld gereichenden Mangel an Sorgfalt in der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten als Theilhaber der Gesellschaft liege, als eine unbegründete.

Es vermag dies um so weniger einem Zweifel zu unterliegen, als es offenbar gegen alle bona fides verstößt, wenn den Verklagten eine Schuld in ihrer Eigenschaft als socii hinsichtlich des Nicht-Gebrauchs der Wechselaccepte vorgeworfen

wird, während der andere Gesellschafter B. K., dessen Rechtsnachfolger klagend aufgetreten sind, sich bei dieser Unthätigkeit beruhigte, trotzdem er die Existenz der in der Hand seines Mitgesellschafters befindlichen Accepte, deren Verfallzeit und Bedeutung kannte. — Zwar ist in der Replik behauptet worden, es habe B. K. in den 1860er Jahren nochmals darauf gedrungen, daß M. Ab. zur Zahlung der Accepte angehalten werde. Allein es erscheint diese von verklagter Seite nicht eingeräumte Behauptung, welche denn auch mit Grund nicht zum Beweis verstellt wurde, als unerheblich, abgesehen davon, daß der Ausdruck „nochmals" unverständlich ist, da von einer früheren Aufforderung Seitens des B. K., daß die Einlösung der Accepte betrieben werde, nirgends die Rede war. Jene Behauptung ist aber um deßwillen irrelevant, weil weder die Art und Weise angegeben ist, wie B. K. darauf gedrungen, daß M. Ab. zur Zahlung angehalten werde, noch auch eine nähere Angabe der Zeit, in welcher dies angeblich geschehen, stattgefunden hat. In letzterer Hinsicht kam es aber selbstverständlich darauf an, daß B. K. vor Eintritt der Verjährung der Accepte auf Vornahme der Schritte drang, welche die Einlösung der Wechsel herbeiführen oder mindestens die Erhaltung des Acceptanten im Wechselobligo bewirken sollten. Die Behauptung aber, daß jenes Drängen in den 1860er Jahren stattgefunden habe, ist deßhalb ungenügend und bedeutungslos, weil die Verjährung sämmtlicher Blancoaccepte in den nämlichen Zeitraum fällt. Geht man nämlich selbst davon aus, daß hier die dreijährige Frist der Allg. D. W. nicht maßgebend war, daß vielmehr die 5jährige Frist des in St. Louis geltenden Rechts,

Borchardt vollständige Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsgesetze aller Länder,

Bd. I S. 338. 4

um deßwillen eingriff, weil in Ermanglung der Angabe eines Zahlungsorts in den Wechselformularen der örtliche Sitz der durch die Accepte begründeten Obligationen am damaligen Wohnorte des Acceptanten, also in St. Louis war,

Allg. D. H. Art. 324;
Renaud, Wechselrecht (3. Aufl.), S. 35;

so waren jedenfalls der längst laufende Accept im Anfange des October 1867, mehrere andere Accepte schon im Jahr 1863 verjährt. Die Kläger haben aber nicht gesagt, daß B. K. auf Beitreibung der Wechselbeträge zu einer Zeit gedrungen habe, wo sämmtliche Accepte oder doch einzelne unter denselben noch unverjährt waren.

Demgemäß muß nach Lage der stattgehabten Proceßverhandlungen angenommen werden, daß der im Jahr 1869 verstorbene B. K., so lange die Blancoaccepte noch brauchbar waren, keinerlei Schritte gegenüber den Gebr. Ab. gethan hat, um diese zum Gebrauche der Accepte oder Herausgabe derselben zu nöthigen. Da B. K. aber, wie früher bereits hervorgehoben wurde, wußte, daß Blancoaccepte im Betrage von 20,000 Doll. in der Innehabung seiner früheren Mitgesellschafter sich befanden, da ihm ferner bekannt war, daß diese Wechselerklärungen zur Deckung einer Forderung der früheren Exportgesellschaft ausgestellt waren und daß ihm die Hälfte der aus den Accepten eingehenden Summen zukam, und da er endlich die Verfallzeit der Wechsel kannte, so lag in jener Unthätigkeit desselben offenbar die Zustimmung zu dem Verhalten der Gebr. Ab., wonach diese jeden Versuch zur Eincassirung der Wechsel unterließen, und war demnach, anders wie geschehen, die Klage ohne weiteres, d. h. ohne die Auflage der alternativen Einredebeweise abzuweisen.

Fassen wir das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen zusammen, so erscheint die vorliegende eventuelle Klage als eine unbegründete. Denn es waren B. K., der Erblasser der Mitkläger, und die Gebr. Ab. gleichmäßig berechtigt und verpflichtet, die Geschäfte der Exportgesellschaft zu führen und beziehungsweise die zu deren Liquidation erforderten Handlungen vorzunehmen. Traf insbesondere die Gebr. Ab. hinsichtlich des Nicht-Gebrauchs der Blancoaccepte eine Schuld, so war B. K. in pari negligentia, wie denn auch nach Lage der Dinge an-

zunehmen ist, daß er mit jenem Nicht-Gebrauche einverstanden war.

Eine Verpflichtung der Gebr. A b. zur alleinigen Besorgung des Eingangs der acceptirten Summen lag aber nicht vor, weil eine solche weder ausdrücklich, noch stillschweigend von jenen übernommen war. Eine derartige Verbindlichkeit war insbesondere nicht mittelst des unterm 15. Okt. 1857 pr. Gebr. A b. ausgestellten Reverses eingegangen worden. Wie nämlich diese Urkunde ihren Worten nach lediglich die Anerkennung gegenüber B. K. enthält, daß M. A b. zur Tilgung der Forderung der Exportgesellschaft an die Firma M. K. und A b. in New-York für 20,000 Dollars Blancoaccepte ausgestellt, und daß B. K. im Falle der Honorirung der Rimessen bei Verfall Anspruch auf die Hälfte der Beträge habe, so deutet auch sonst nichts darauf hin, daß durch jenen Schein eine Verpflichtung Seitens der Gebr. A b. übernommen werden sollte. Die Urkunde war zu keinem Theile dispositiver Art. Allein auch in der Entgegennahme der Blancoaccepte lag nicht die Eingehung der Verpflichtung zur alleinigen Besorgung der Einlösung derselben. Die Innehabung derartiger Papiere begründet zwar für den Inhaber die thatsächliche Möglichkeit der Geltendmachung der Accepte, an sich aber noch nicht eine rechtliche Verpflichtung hierzu. Sind die mehreren Theilhaber einer Gesellschaft gleichmäßig zur Führung der Geschäfte der Societät berechtigt und verpflichtet, so ändert an diesem Verhältnisse der Umstand nichts, daß der eine socius zur Deckung einer Gesellschaftsforderung Wechselaccepte empfängt, von deren Bedeutung, Betrag und Verfallzeit er den Mitgesellschafter in Kenntniß setzt. Der letztere ist durch die bloße Thatsache, daß sein Mitgesellschafter die Papiere inne hat, nicht von jeder Sorge für deren Einlösung entbunden.

§ 4.

Fortsetzung. — Lag in dem Nichtgebrauche der Blancoaccepte Seitens derjenigen, welche

für deren Einlösung Sorge zu tragen hatten, nach Maßgabe der vorliegenden Umstände eine Schuld?

Sollte man von der nach den vorstehenden Ausführungen durchaus ungerechtfertigten Annahme ausgehen, daß den Gebr. Ab. allein die Verbindlichkeit oblag, für die Einlösung der Blancoaccepte Sorge zu tragen, so würde die Frage entstehen, ob jene um deßwillen, weil sie in dieser Hinsicht jede Thätigkeit unterließen, eine Schuld trifft.

Die Gebr. Ab. waren ihrem Mitgesellschafter B. K. bei der ihnen obliegenden Besorgung der zur Liquidation der früheren Exportgesellschaft gehörigen Geschäfte zur diligentia quam suis rebus verpflichtet. Sie hatten mit a. W. als Kaufleute die Verpflichtung, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden.

Allg. d. H. Art. 282, verb. mit Art. 274 Abs. 1,

wenn sie nicht darlegten, daß sie in ihren eigenen Angelegenheiten ein geringeres Maaß von Sorgfältigkeit anzuwenden pflegten.

Sieht man nun von dieser Modification ab, auf welche beklagter Seits keinerlei Bezug genommen worden ist, so ist die Frage die, ob die Gebr. Ab. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes hintansetzten, indem sie keinerlei Schritte thaten, um die Einlösung der Accepte herbeizuführen, und beziehungsweise den Acceptanten im Wechselobligo zu erhalten.

Bei Beurtheilung dieser Frage kommt zweierlei in Betracht Das Eine ist, daß M. Ab, der Aussteller der Blancoaccepte, wie unter den Parteien unbestritten ist, nach dem 2. Jan. 1857 in Concurs gefallen war, und noch im Jahre 1866 mit seiner Familie in dürftigen Umständen lebte, ja, daß er nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Vernehmlassung bis zum Jahre 1870 nicht in der Lage war, die geringste Zahlung zu leisten, während nur erwiesen ist, daß er seit dem Jahre 1873 sich wieder in günstigen Vermögensverhältnissen befand. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß M. Ab., wie schon zur Zeit der Uebergabe der Accepte auch später in St. Louis und dann in New-York wohnte.

Sonach waren die Wechsel in Nordamerika zur Zahlung zu präsentiren, und war dort aus den Accepten Klage zu erheben. Auch konnten die Klagen aus den verschiedenen Accepten nicht objectiv gehäuft werden, da die Verfallzeit der Wechsel eine verschiedene war und diese also in verschiedener Zeit verjährten. So waren zwanzig formell getrennte Klagen aus den zwanzig Accepten nöthig. Präsentation wie Klage hätten aber voraussichtlich zu keiner Zahlung geführt, und die Klage nur den Vortheil geboten, daß durch deren Behändigung die Verjährung der betreffenden Accepte unterbrochen worden wäre. Ein solcher Vortheil war aber bei den Vermögensverhältnissen des Acceptanten, wie dieselben vor Ablauf der Wechselverjährungszeit beschaffen waren, von sehr zweifelhaftem Werthe.

Es kann nun offenbar eine Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes darin nicht gefunden werden, daß der Inhaber von Blancoaccepten es unterläßt, diese mittelst einer Mehrheit von Klagen geltend zu machen, die vom Großherzogthum Baden aus in Nordamerika angestellt werden müssen, und zwar gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner, lediglich in der Voraussicht, daß derselbe später einmal in bessere Vermögensumstände kommen dürfte. Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes erforderte es vielmehr, die großen Kosten zu vermeiden, welche eine solche Ausklagung verursacht hätte, Kosten, die nach Lage der Vermögensverhältnisse des Acceptanten zu der Zeit, wo die Wechselverjährung unterbrochen werden konnte, voraussichtlich ohne allen Nutzen geschehen und auf dem Kläger haften geblieben wären.

In dem unterlassenen Gebrauch der Blancoaccepte lag aber um so weniger eine Schuld, als nach der Darstellung der Kläger und nach der von ihnen unterm 1. November 1875 gegen M. Ab. angestellten Klage die Accepte nur zur Deckung einer daneben bestehen gebliebenen Forderung der Exportgesellschaft an K. und M. Ab. übergeben waren, und als ungeachtet der Wechselverjährung die letztgenannte Forderung fortdauerte.

Zwar haben sich die Kläger in ihrer Klage darauf berufen, es seien die Inhaber der Firma Gebr. Ab. um so mehr

in der Lage gewesen, Max. Ab. zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten, als dieser sich öfters längere Zeit, namentlich auch im Jahr 1875, in Deutschland und sogar in Mannheim aufgehalten habe. Allein im Jahr 1875 waren sämmtliche Wechselaccepte verjährt. Dasselbe war auch schon der Fall in den Jahren 73, 72 und 70, in welchen der Acceptant nach der Angabe der Verklagten in dem vorbereitenden Schriftsatze zu ihrer Vernehmlassung nach Mannheim gekommen war. Ja, selbst im Jahre 1866, für welches ein weiterer Aufenthalt Max Ab's. in letztgenannter Stadt constatirt ist, waren nach Maßgabe des Allg. d. W. sämmtliche Wechsel, nach dem in St. Louis geltenden Rechte eine Mehrzahl derselben verjährt. Abgesehen hiervon begründete der bloße momentane Aufenthalt des Acceptanten im Großherzogthume keinen Gerichtsstand desselben für die gegen ihn anzustellenden Wechselklagen, da unter dem Aufenthaltsorte der Bad. Prozeß-Ordnung § 25 der ordentliche dauernde Aufenthalt zu verstehen ist, —

R. von Freydorf, Prozeßord. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden S. 369.
Jahrb. des Oberhofg. XVIII. S. 584,

ein solcher dauernder Aufenthalt des in Nordamerika niedergelassenen M. Ab. im Inlande aber nicht behauptet, noch weniger erwiesen wurde.

Unterstellt man also auch — um das Gesagte zusammen zu fassen — was als richtig nicht zugegeben werden kann, daß die Gebr. Ab. allein die Verpflichtung hatten, für die Verwerthung der Blancoaccepte Sorge zu tragen, so trifft sie um deßwillen, weil sie zu diesem Zwecke nichts thaten, bei den vorliegenden Umständen keine Schuld. Denn es verlangte die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht die Anstellung einer Reihe kostspieliger Klagen in einem entfernten Lande gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner, lediglich zu dem Zwecke, um denselben für den möglichen Fall, daß er in meliorem fortunam kommen sollte, im Obligo zu erhalten.

Ebensowenig trifft die Gebr. Ab., auch unter der Voraussetzung, daß ihnen allein die Sorge für die Verwerthung der

Accepte oblag, um deßwillen ein Vorwurf, weil sie nicht vor Verfall die Wechsel nach vorausgegangener Ausfüllung der Formulare girirten. Denn sie mußten bei der Zahlungsunfähigkeit des Acceptanten erwarten, daß die Tratten nicht honorirt und Mangels Zahlung protestirt würden, in welchem Falle sie einer möglicher Weise bedeutende Kosten verursachenden Regreßnahme ausgesetzt blieben.

Hiernach geht denn unser rechtliches Erachten dahin, daß die in Frage stehende eventuelle Klage eines jeden Grundes entbehrt, und daher in der Appellationsinstanz schlechtweg verworfen werden muß, weil einmal, wenn die Gebr. Ab. wegen des unterlassenen Gebrauchs der Blancoaccepte eine Schuld treffen sollte, der Erblasser der Mitkläger, B. K. in pari negligentia versirte; und weil ferner nach Maßgabe der gegebenen Umstände in jener Unterlassung überhaupt eine Schuld nicht lag.

Aus dem Handelsrecht.

Lieferungskauf — Distancegeschäft.

I. Wo ist der Erfüllungsort bei solchen Geschäften?

II. In welchen Fällen hat der Verkäufer, welcher an dem Sitz seiner Handelsniederlassung zu erfüllen hatte, die verkaufte Waare von diesem Sitz dem Käufer an einen anderen Ort zu übersenden?

III. Grundsätze nach Art. 355 des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs.

IV. Ist insbesondere eine Klage auf Schadensersatz in der Art statthaft, daß der Kläger weder einen bestimmten Schadensbetrag fordert, noch auch Thatsachen anführt, aus welchen dieser Betrag entnommen werden kann, der Kläger vielmehr lediglich den gerichtlichen Ausspruch verlangen kann, es sei der Beklagte aus einem gegebenen Grunde schadensersatzpflichtig, während das Gesuch auf eine bestimmte Summe und die Substantiirung derselben einem Liquidationsverfahren vorbehalten bleibt. —

St. und E. in Worms c. K. in Frankfurt.

Die unterm 4. März 1864 von der Lederfabrik St. und E. in Worms gegen den Handelsmann Alb. K. in Frankfurt eingereichte Klage besagte im wesentlichen Folgendes:

Laut dem Anl. Nr. 1 in Abschrift beigelegten Vertrage vom 21. März 1864 habe sich Klägerin dem Beklagten verpflichtet, für die Monate April, Mai, Juni, Juli, August

und September je 50 Dutzend schwarze Kalbskidfelle zu den im Vertrage angegebenen Qualitäten, Größen und Preisen zu liefern.

Klägerin habe bis jetzt auch demgemäß dem Beklagten 70 Dutzend Felle geliefert, nämlich 50 pro April und 20 pro Mai, so daß pro Mai noch 30 Dutzend zu liefern gewesen, worüber dem Beklagten Factura ertheilt worden sei.

Der Beklagte weigere sich jedoch die Felle in Worms, woselbst die Fabrik und Handelsniederlassung der Klägerin sich befinden, und wo er nach dem Handelsg. Art. 342 und 324 die Waaren zu beziehen habe, in Empfang zu nehmen und zu bezahlen, d. h. die Monats-Tratten der Klägerin zu acceptiren.

Klägerin sehe sich hiernach genöthigt, von dem Art. 354 des Handelsg. Gebrauch zu machen, und bitte demnach, es wolle das Stadtgericht aussprechen:

daß die Klägerin berechtigt sei, von dem mit dem Beklagten am 21. März 1864 abgeschlossenen Vertrag über Lieferung von 300 Dutzend Kalbskidfelle abzugehen, und diesen Vertrag für aufgehoben erklären, unter Verurtheilung des Beklagten zum Kostenersatze.

In ihrer Vernehmlassungs-Schrift ließ sich der Beklagte im Wesentlichen und abgesehen von einzelnen, durchaus irrelevanten Erklärungen, folgendermaßen ein.

Er gibt den mit der Klägerin abeschlossenen Kaufvertrag über Kalbskidfelle zu.

Er räumt ferner ein, von der Klägerin 70 Dutzend Kalbskidfelle geliefert erhalten zu haben, indem er jedoch hierzu folgendes bemerkt:

Die für den Monat April gelieferten 50 Dutzend hätten jedoch sowenig den vertragsmäßigen Eigenschaften entsprochen, daß Klägerin, welche dies selbst eingesehen, dem Beklagten weitere 20 Dutzend Felle geliefert habe, und zwar als Entschädigung. Auch diese seien aber so schlecht ausgefallen, daß Klägerin dem Beklagten einen Rabatt zugestanden habe.

Diese 20 Dutzend hätten sonach außer aller Berechnung zu bleiben, und sei Klägerin noch die ganze Lieferung von 50 Dutzend pro Mai schuldig.

Die Anmaßung der Klägerin, wonach Beklagter die Waare in Worms in Empfang nehmen sollte, sei unstatthaft, und die Weigerung des Beklagten daher gerecht.

Der Vertrag sei in Frankfurt geschlossen; und es bringe es die Natur der Sache mit sich, daß ihm die Waaren dahin zu senden seien. Denn es habe die Klägerin ohne bestimmten Liefertag monatlich je nach ihrem Belieben die 50 Dutzend in größeren oder kleineren Parzellen zu liefern, und sei bei solchen Bedingungen geradezu undenkbar, daß die Intention der Parteien dahin gegangen, es sollten die Waaren in Worms bezogen werden.

Diese Intention der Parteien sei factisch von der Klägerin dadurch anerkannt worden, daß sie die 2 Lieferungen von 50 und 20 Dutzend Fellen nach Frankfurt gesendet habe.

Eventuell werde behauptet, die Sendung der Waaren nach Frankfurt sei ausdrücklich verabredet worden.

Endlich beruft sich der Beklagte auf einen Frankfurter Handelsbrauch — und widerspricht, daß die Art. 342 und 324 des Handelsg. hier in Anwendung kämen.

Auf Grund hiervon wird um Abweisung der Klage ref. expens. gebeten.

Hieran knüpft nun der Beklagte eine Widerklage. Indem er sich zu den ihm dagegen obliegenden Leistungen bereit erklärt, nimmt er in Anspruch:

1. Die fällige Lieferung und resp. Forderung pro Monat Mai, und bittet um Verurtheilung der Widerbeklagten hierzu, so wie ferner dahin, daß sie seiner Zeit die für die Monate Juni, Juli, August und September fällig werdenden Lieferungen nach Frankfurt sende.

2. Ferner beantragt Beklagter und Widerkläger rücksichtlich der im Mai fällig gewesenen Sendung, und im Falle eintretenden Verzugs hinsichtlich der für die 4 folgenden Monate verabredeten Lieferungen, Ersatz des durch

Nichtlieferung ihm erwachsenden Schadens und entgehenden Gewinnes unter Vorbehalt späterer Liquidation.

Replicando wird in Ansehung der Vertheidigung des Beklagten auf die Vorklage folgendes bemerkt:

Beklagter räume zwar ein, 70 Dutzend Felle geliefert erhalten zu haben; was er aber dabei bemerke, sei unwahr. Es sei unwahr, daß er die 20 Dutzend als Entschädigung für die Mangelhaftigkeit der Lieferung pro April empfangen habe, unwahr, daß die Aprillieferung und dann die spätere Lieferung der 20 Dutzend Felle die vertragsmäßigen Eigenschaften nicht gehabt, unwahr endlich, daß aus dem letzteren Grunde dem Beklagten ein Rabatt bewilligt worden. Dies sei nur deßhalb geschehen, um die vom Beklagten gemachten kleinlichen Ausstellungen abzuschneiden.

Demnach habe Beklagter 50 Dutzend Felle pro April und 20 Dutzend Felle pro Mai erhalten, und könne derselbe deßhalb pro Mai jedenfalls nur 30 weitere Dutzend ansprechen.

Daß diese 30 und eventuell 50 Dutzend vom Kläger in Worms in Empfang genommen werden müssen, sei Angesichts des Handelsg. nicht zu beweifeln.

Die von dem Beklagten behauptete Intention der Parteien, daß in Frankfurt geliefert werde, sei aus nichts zu erkennen; wenn die Klägerin die beiden Lieferungen von 50 und 20 Dutzend Fellen nach Frankfurt gesandt habe, so sei dies aus bloßen Gefälligkeiten für den Beklagten geschehen.

Der Erfüllungsort sei nach Maaßgabe des Handelsg. Worms; von ihrem Recht, in Worms zu liefern, habe sie nicht Gebrauch machen wollen, weil Beklagter jede Sendung bekrittle, Klägerin in Worms größere Vorräthe habe und Beklagten durch Umtausch des bekrittelten Felles sofort zum Schweigen hätte bringen können.

Da Beklagter sich weigere, die Waare in Worms in Empfang zu nehmen, so sei nach Art. 354 des Handelsgesetzb. das Klagepetitum begründet.

Die Widerklage anlangend, so sei dieselbe sofort abzuweisen, weil Beklagter nicht nur die Erfüllung des Vertrags,

sondern eventuell auch Schadensersatz verlange, während er nach Art. 355 sich darüber auszusprechen habe, ob er das eine oder das andere beanspruche.

Eventuell könne Beklagter die Erfüllung des Vertrags deßhalb nicht verlangen, weil nach Art. 357 des Handelsg. derjenige Contrahent, welcher auf der Erfüllung bestehen wolle, dies unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit dem anderen Contrahenten anzeigen mußte, was vorliegend nach Ablauf des Mai nicht geschehen.

Ja in einem Schreiben vom 30. Mai an die Klägerin habe Beklagter gesagt, er werde eine Entschädigungsklage erheben, wenn jene nicht nach Frankfurt liefere, und demnach auf die Lieferung verzichtet.

Auch die eventuelle Entschädigungsforderung sei wegen ungenügender Substantiirung abzuweisen, da Beklagter nicht angegeben, auf welche Weise ihm durch Nichtlieferung ein Schaden entstehen oder ein Gewinn entgehen werden. Dies hätte er thun müssen und sich die Liquidation der einzelnen Posten vorbehalten.

Hiernach wird um Verwerfung der Widerklage ref. exp. gebeten.

Hierauf erfolgte eine nachträgliche Erklärung des Beklagten und Widerklägers, daß er dem Wunsche der Klägerin entsprechend auf die Lieferungen der fraglichen Waare verzichten, dagegen auf der ihm gebührenden Entschädigung beharren wolle.

Schließlich gab noch die Klägerin und Widerbeklagte eine Schlußerklärung auf die Widerklage ein.

Neues und relevant ist hier nur folgendes:

Die Widerbeklagte läßt ihren Einwand, daß Widerkläger nicht auf Lieferung und eventuell Schadensersatz klagen dürfe, fallen, nachdem Widerkläger auf die Lieferung Verzicht geleistet hat.

Dagegen bleibe alles bestehen, was außerdem gegen die Entschädigungsforderung und namentlich deren ungenügende Substantiirung vorgebracht worden sei.

Es werde die frühere Bitte wiederholt.

Hierauf erging beim Stadtgericht Frankfurt unterm 23. Jan. 1865 folgendes Urtheil:

I. In der Vorklagsache:

Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen und verurtheilt, die der Beklagten durch die Vorklage entstandenen Kosten, pr. liquid., zu ersetzen.

Die Motive sind im wesentlichen folgende:

Nach dem Handelsg. sei zweifellos der Erfüllungsort des in Frage stehenden Vertrags Worms. Dessenungeachtet sei Klägerin verpflichtet gewesen, die von ihr verkaufte Waare nach Frankfurt zu senden.

Dies ergebe sich aus den Vertragsumständen.

Indem Klägerin sich geweigert habe, diese Sendungen nach Frankfurt zu bewirken, sei sie ihrer Traditionspflicht folgeweise nicht nachgekommen und demnach mit der erhobenen Klage abzuweisen.

II. In Ansehung der Widerklage:

Der Beklagte und Widerkläger hat binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, darzuthun:

a. daß er die von dem Kläger außer der Aprilsendung weiter gelieferten 20 Dutzend Kalbskidfelle lediglich als Entschädigung dafür erhalten habe, weil die Aprillieferung nicht gut ausgefallen sei.

b. daß und welchen Schaden er durch die unterlassene Zurücksendung der in Frage stehenden Kalbskidfelle erlitten habe.

Kosten ausgesetzt.

Motive: Widerbeklagter sei ihrer Traditionspflicht nicht nachgekommen, daher da Widerkläger von der Lieferung der Waaren abstrahire, demselben zur Entschädigung pr. liquidat., verpflichtet.

In Beziehung auf die 20 Dutzend treffe die Beweislast den Widerkläger.

Gegen dieses unterm 25. Januar 1865 publizirte Erkenntniß wurde nun Seitens der Klägerin und Widerbeklagten die Appel-

lation eingelegt, indem sie in ihrer Appellations-Einführung sich um deßwillen durch dasselbe für beschwert erklärt:

Weil sie mit der Vorklage unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen, die Widerklage zugelassen und dem Widerkläger die daselbst normirten Beweise nachgelassen worden, während den Anträgen der Vorklage zu entsprechen, die Widerkage abzuweisen und Beklagter und Widerkläger in die Kosten der Vor- und Widerklage zu verurtheilen war.

Nach mündlicher Appellations-Verhandlung wurde durch das Appellations-Gericht in Frankfurt unterm 28. Aug. 1865 in Abänderung des Stadtgerichtlichen Urtheils erkannt:

„daß Beklagter vorerst noch zu erweisen hat,
„die Klägerin hätte vertragsmäßig die fragliche
„Waaren-Quantität hierher (d. h. nach Frank-
„furt) zu liefern gehabt."

Motive: Es unterliege keinem Zweifel, daß Worms der Erfüllungsort für das in Frage stehende Geschäft sei. Eine andere Frage aber sei die, ob der Verkäufer nicht verpflichtet, die Waaren von Worms nach Frankfurt zu senden.

Das Stadtgericht habe dies angenommen; dies sei unrichtig; dagegen habe Beklagter ausdrücklich behauptet, daß eine dahin behauptete Nebenberedung stattgefunden habe. Diese müsse er, vorbehaltlich des Gegenbeweises, darthun.

Erst dann solle in der Sache selbst, sowie der Kosten halber erkannt werden.

Gegen dieses Urtheil wurden nun von Seiten des Beklagten und Widerklägers remedia quaevis elect. eingelegt, und dann die Revision gewählt.

In der Revisions- Ein- und Ausführungs-Schrift beschwert sich der Beklagte und Widerkläger deßhalb, weil das stadtgerichtliche Urtheil aufgehoben und bittet um Wiederherstellung desselben, unter Verfälligung der Gegenpartei in die Kosten der zweiten und dritten Instanz.

Die sehr voluminöse Schrift und ebenso die Revisions-Vernehmlassungsschrift enthalten nichts wie Wiederholungen des früher Vorgebrachten.

Die Kläger und Revisen tragen darauf an, die Beschwerden der Revision ref. exp. abzuweisen.

Juristische Beurtheilung.

Bei der juristischen Beurtheilung dieser Sache ist zunächst was die Vorklage anbetrifft, zu beachten, daß die Parteien in facto bis auf einen Punkt übereinstimmen, nämlich den, ob Klägerin und Verkäuferin verpflichtet war, die Waaren von Worms nach Frankfurt zu senden, oder ob dies nicht der Fall.

Und hierauf kommt denn auch alles, wie schon die beiden früheren Instanzen angenommen, bei Entscheidung der Vorklage-Sache an.

Denn war die Klägerin verbunden, die verkauften Waaren an den Käufer und Beklagten nach Frankfurt zu senden, so steht actenmäßig fest, daß sie sich der Erfüllung dieser Verpflichtung geweigert hat, und folgeweise kann sie nicht auf Grund eines Verzuges des Käufers mit der Zahlung des Kaufpreises nach Maßgabe des Handelsgesetzbuches Art. 354 die Vertragsaufhebung verlangen.

Art. 342 Abs. 2.

Jenes behauptet der Beklagte, indem er sich auf die Intention der Parteien, und eventuell auf eine ausdrückliche Verabredung beruft.

Dieses behauptet die Klägerin, weil nach Maßgabe des Handelsgesetzbuchs Worms als Erfüllungsort zu betrachten.

Indessen geht Klägerin in dieser Hinsicht jedenfalls insofern von einer irrthümlichen Auffassung aus, als, wenn auch Worms wirklich Lieferungsort sein sollte, damit die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Klägerin beabsichtigte, die Waare von Worms nach Frankfurt zu senden.

Das Handelsgesetzbuch insbesondere unterscheidet ausdrücklich beim Distance-Geschäft die beiden Fälle.

Der Verkäufer hat an einen andern Ort als denjenigen seiner Handelsniederlassung zu liefern. In diesem Falle trägt

er die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird.

Der Verkäufer hat am Ort seiner Handelsniederlassung zu liefern, aber auch für die Versendung an den Käufer an einen andern Ort zu sorgen; in diesem Falle trägt er die Gefahr der Waare während des Transports nicht, sondern haftet nur für die ordentliche Wahl des Frachtführers.

Handelsgesetzbuch Art. 344, 345.

Mit Rücksicht auf die vorliegende Streitsache entsteht demnach eine doppelte Frage:

1. Ist der Erfüllungsort für den in Frage stehenden Kaufabschluß Worms oder Frankfurt?
2. Gesetzt der Erfüllungsort ist Worms, ist der Verkäufer verpflichtet, für die Uebersendung der Waaren an den Käufer nach Frankfurt Sorge zu tragen?

Es kann nun keinem gegründeten Zweifel unterliegen, und damit stimmen die Urtheile der beiden vorigen Instanzen überein, daß der Erfüllungsort, der Lieferungsort für den in Frage stehenden Kauf Worms war.

Nach dem Handelsgesetzbuch Art. 342 hat beim Verkaufe von Quantitäten die Uebergabe der Waaren da zu geschehen, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatze tritt nur dann ein, wenn ein anderer Ort als Lieferungsort im Vertrage bestimmt, oder nach der Natur des Geschäfts oder nach der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist.

Art. 324.

Vorstehends fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, unter denen ein anderer Lieferungsort, als der gesetzlich bestimmte statt haben soll. —

Die Parteien haben einmal keine ausdrückliche Verabredung über den Lieferungsort getroffen, und die eventuell

Behauptung des Beklagten geht nur dahin, daß die Sendung der Waaren nach Frankfurt ausdrücklich verabredet worden sei.

Ebensowenig läßt sich hier behaupten, daß die Natur des Geschäfts auf einen andern als den gesetzlich bestimmten Lieferungsort als Erfüllungsort hinweise.

Ebensowenig endlich weist die aus facta concludentia sich ergebende Intention der Contrahenten auf einen solchen anderweiten Erfüllungsort hin.

Hiernach bleibt es bei der gesetzlichen Regel, der Verkäufer hat da zu liefern, wo er zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung hatte.

Da es aber unter den Parteien unbestritten ist, daß der Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung in Worms hatte, wie er sie heute noch daselbst hat, so muß Worms als Lieferungsort für das in Frage stehende Kaufgeschäft angesehen werden.

Eine andere Frage ist nun die, ob nicht der Verkäufer, obwohl er in Worms zu liefern hatte, verpflichtet war, die Waaren von Worms nach Frankfurt an den Käufer zu senden?

In Ansehung dieser Frage weichen die Urtheile der beiden vorigen Instanzen von einander ab.

Das Urtheil des Stadtgerichts geht davon aus, daß der Verkäufer zu einer solchen Sendung der Waaren nach Frankfurt verpflichtet gewesen.

Das Appellations-Gericht dagegen hat dem Beklagten den Beweis auferlegt, es hätte Klägerin vertragsmäßig die fragliche Waaren-Quantität nach Frankfurt zu senden gehabt.

Indessen ist die stadtgerichtliche Auffassung als die richtige zu erachten.

Die Verpflichtung des Verkäufers, welcher am Orte seiner Handelsniederlassung liefern soll, für die Uebersendung der Waare an einen andern Ort zu sorgen, ist nach dem Handelsgesetzbuch Art. 344 dann anzunehmen, wenn überhaupt die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden soll, und der Käufer über die Art der Uebersendung

nichts bestimmt hat. Alsdann gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waaren besorgt oder ausgeführt werden soll.

Also das Gesetz präsumirt die Verpflichtung des Verkäufers für die Uebersendung der Waare an den Käufer zu sorgen (kraft eines mandatum praesumtum), wenn eine solche Uebersendung überhaupt geschehen soll, und der Käufer in Ansehung der Art derselben nichts bestimmt hat.

Es kommt hier lediglich darauf an, ob im Fragefalle die Waare an den Käufer nach Frankfurt zu übersenden war. War dies der Fall, so war der Käufer gesetzlich verpflichtet, die Uebersendung zu besorgen, da derselbe nirgends behauptet, daß der Käufer in dieser Hinsicht etwas anderes bestimmt habe, — und ergiebt sich schon hieraus die Unrichtigkeit der appellationsgerichtlichen Beweisauflage, wonach Beklagter beweisen soll, es habe Klägerin vertragsmäßig die Waaren=Quantität nach Frankfurt zu senden gehabt.

Klägerin hatte kraft Gesetzes und nicht vertragsmäßig für die Uebersendung zu sorgen, wenn die Waare überhaupt nach Frankfurt zu senden war.

Die richtige hier in Betracht zu ziehende Thatfrage ist demnach die, ob die in Worms zu liefernde Waare nach Frankfurt zu senden war.

Die Bejahung der Frage kann keinem begründeten Zweifel unterliegen.

Der Käufer hatte zur Zeit des Vertragsschlusses und hat dermalen noch seine Handelsniederlassung in Frankfurt.

Daß er die Absicht hatte, in Worms über die Waare zu disponiren, ist nirgends zu entnehmen.

Auch ist nicht ersichtlich, daß er einen Bevollmächtigten in Worms zur Empfangnahme der Waare bestellt hätte, vielmehr nach der Sachlage zu entnehmen, daß dieses nicht der Fall gewesen.

Ebenso steht es unter den Parteien fest, daß der Verkäufer die 50 Dutzend Felle, die er monatlich liefern sollte, nicht nothwendig auf einmal liefern mußte, daß er vielmehr die betreffende Lieferung in mehreren größeren oder geringeren Quantitäten zu machen befugt war.

Hiernach ist es aber nicht anzunehmen, daß es im Sinne der Parteien lag, es solle der Käufer zur Uebernahme einer jeden solchen, möglicher Weise sehr kleinen Lieferung nach Worms reisen, oder dort einen Bevollmächtigten bestellen.

Auch ist es bei dieser Sachlage nicht irrelevant, daß Verkäufer die zwei ersten Fellelieferungen ohne Weiteres nach Frankfurt sandte, und der Käufer hiergegen nicht remonstrierte; daß ferner in einem Briefe der Klägerin vom 3. Mai 1864 an den Beklagten, welcher bei den Acten liegt und als ächt anerkannt ist, die Klägerin um gewisse Erklärungen des Beklagten bittet „um Ihnen alsdann die für Mai noch zu liefernden 30 Dutzend senden zu können.“

Aus alledem ergiebt sich zur Genüge, nach den Intentionen der Contrahenten waren die Felle von Worms nach Frankfurt zu senden, folgeweise war der Verkäufer nach Gesetz beauftragt, für diesen Transport zu sorgen. (Art. 344.)

Wie demnach den früheren Ausführungen zufolge, die appellationsgerichtliche Beweisauflage, es habe Klägerin vertragsmäßig die fragliche Waaren-Quantität nach Frankfurt zu senden gehabt, unrichtig ist, so ist nicht weniger von einer Beweisauflage des Inhalts abzusehen, daß die Waaren an den Käufer nach Frankfurt zu senden.

Freilich hat das Appellationsgericht ein Bedenken. Es müsse nämlich, so führt es in seinen Entscheidungsgründen aus, der Klägerin der Gegenbeweis vorbehalten werden; — und dies ist denn auch der Hauptgrund, warum das Appellationsgericht dem Beklagten jene an sich unrichtige Beweisauflage gemacht hat, damit nämlich der Klägerin noch ein Gegenbeweis offenstehe.

Indessen ist der Vorbehalt eines Gegenbeweises nicht durch die Auflage eines Hauptbeweises bedingt.

Fraglich kann hier demnach nur sein, ob, da als feststehend zu betrachten, daß die Waaren von Worms nach Frankfurt zu senden, der Klägerin noch ein Gegenbeweis in dieser Hinsicht nachzulassen ist.

Dies ist jedoch zu verneinen.

Handelt es sich nämlich um die richterliche Auslegung eines Vertrags, so ist ein Gegenbeweis, daß die Intention der Parteien eine andere gewesen, zweifellos nur dann nachzulassen, wenn bereits im ersten Verfahren bestimmte Thatsachen angeführt worden, aus denen sich eine andere Absicht der Contrahenten ergeben soll.

Solche Thatsachen sind aber von der Klägerin nirgends beigebracht worden. Denn überall ist ihr einziges Argument dieses, der Erfüllungsort für den in Frage stehenden Kaufvertrag sei Worms, woraus sie ohne Weiteres unrichtig folgert, somit habe sie die Waaren nicht nach Frankfurt zu übersenden.

War den vorstehenden Ausführungen zufolge die Klägerin verpflichtet, ungeachtet des Erfüllungsorts Worms für die Uebersendung der Waare nach Frankfurt zu sorgen, so bedarf es hier keines Eingehens auf die Streitfrage, mit welchem Momente eine solche Tradition vollendet, ob mit der Uebergabe der Waaren an die Eisenbahn oder den sonstigen Frachtführer oder später, und wie eine solche Tradition, ob durch ein constitut. possessor. oder anders zu construiren ist.

Denn sicher ist, der Verkäufer hat, wie er selbst zugiebt, nicht tradirt.

Daß aber die Tradition nicht geschehen, ist nicht Schuld des Käufers, wie die Klägerin meint, sondern des Verkäufers. Somit ist der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises nicht im Verzuge, und folgeweise die auf Grund dieses Verzugs verlangte Aufhebung des Vertrages (Art. 354 und Art. 342) nicht gerechtfertigt.

Hiernach ist unter Abänderung der sententia a qua die Vorklage unter Kostenersatz abzuweisen.

II. Anlangend die Widerklage, so beantragte Beklagter und Widerkläger mittelst derselben ursprünglich Folgendes:

Er bittet:

1. um ein Erkenntniß, daß Widerbeklagter schuldig sei, ihm die fällige Lieferung pro Mai nach Frankfurt zu senden, und verlangt überdies Ersatz des durch die Nichtlieferung erwachsenen Schadens, resp. lucr. cessans.
2. daß Widerbeklagter für schuldig erkannt werde, die künftig fällig werdenden Lieferungen nach Frankfurt zu senden, und im Falle eintretenden Verzuges auch rücksichtlich dieser Schadensersatz wegen Nichtlieferung.

Diese Widerklage erweist sich von vornherein in doppeltem Sinne als mangelhaft.

Vorerst geht das Klagepetitum zum Theile auf künftige noch nicht fällige Leistungen; es soll der Widerbeklagte verurtheilt werden, die künftighin fällig werdenden Leistungen nach Frankfurt zu senden, und im Falle des Verzugs auch in Ansehung dieser Schadensersatz zu leisten.

Eine solche Klage ist zweifellos unstatthaft.

Indessen ist dieser Punkt, worauf noch zurückzukommen, bei der gegenwärtigen Sachlage nicht mehr in Betracht zu ziehen.

Denkt man sich aber die Widerklage auf die b e r e i t s f ä l l i g e L e i s t u n g b e s c h r ä n k t, so ist sie u n k l a r, indem aus dem Klagepetitum nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, was der Widerkläger in der That will.

Nach Art. 355 d. Handelsgesetzbuchs hat, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, der Käufer die Wahl zwischen der dreifachen Alternative, entweder die Erfüllung des Vertrags nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu beantragen, — oder s t a t t d e r E r f ü l l u n g S c h a d e n s e r s a t z w e g e n N i c h t e r f ü l l u n g z u f o r d e r n, oder von dem Vertrag abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Welche der beiden zuerst genannten Alternativen der Kläger will, ist in der That nicht klar.

Er verlangt, daß Widerbeklagter für schuldig erkannt werde, die Lieferung pro Mai nach Frankfurt zu senden,

und rücksichtlich der im Mai fällig werdenden Sendung Ersatz des ihm durch Nichtlieferung erwachsenen Schadens.

Der Widerkläger verlangt nicht Lieferung der Waare nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung; er verlangt auch nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Erfüllung.

Er verlangt, was er nicht fordern kann, Lieferung der Waare und Schadensersatz wegen Nichtlieferung.

Diese unstatthafte Fassung des Petitum der Widerklage hat den Widerbeklagten veranlaßt, die Abweisung der Widerklage zu verlangen, wobei der Widerbeklagte davon ausgeht, als ob Widerkläger Lieferung der Waare und eventuell Schadensersatz fordere, was nach dem Handelsgesetzbuch nicht angehe.

Hiergegen hat nun Widerkläger in seiner Replik in der Widerklagesache bemerkt, von einer eventuellen Forderung von Schadensersatz sei nicht die Rede, und nach Art. 355 des Handelsgesetzbuchs könne Erfüllung nebst Schadensersatz verlangt werden.

Hierdurch ist nun allerdings das Petitum der Widerklage erläutert. Widerkläger fordert die Mailieferung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

In einem späteren Nachtrag erklärt nun Widerkläger, daß er, dem Wunsche des Klägers und Widerbeklagten entsprechend, auf die Lieferungen fraglicher Waaren verzichten, dagegen auf der ihm gebührenden Entschädigung bestehen wolle.

Hiermit ist nun die ursprüngliche Widerklage wesentlich beschränkt worden. Widerkläger verzichtet offenbar nicht blos auf die fällige Lieferung pro Mai, er erklärt, daß er, dem Wunsche des Widerbeklagten entsprechend, auf die Lieferung fraglicher Waaren verzichte.

Wenn er hierbei freilich erklärt, er bestehe dagegen auf der ihm gebührenden Entschädigung, so kann hiermit jedenfalls nur Entschädigung gemeint sein, in Ansehung der pro Mai fälligen Lieferung; denn hat er, – wie geschehen,

— auf die nicht fälligen Lieferungen verzichtet, so kann von einem Schadensersatzanspruche desselben hinsichtlich jener nicht die Rede sein.

Sonach ist die Widerklage auf einen bloßen Schadens-ersatz-Anspruch wegen der fälligen Mailieferung reducirt und zwar, nach der früher angeführten Declaration des Widerklagepetitum, will der Widerkläger Ersatz des ihm aus der Verspätung der Mai-Lieferung erwachsenen Schadens, während er auf die Lieferung selbst und einen an deren Stelle tretenden Ersatz verzichtet. Er will denjenigen Geldbetrag, den er, falls seine Widerklage begründet, neben der Waaren-Lieferung, auf die er verzichtet, wegen verspäteter Erfüllung hätte ansprechen können.

Hier entsteht nun vor Allem die Frage, ob eine Klage auf Schadensersatz in der Art statthaft ist, daß der Kläger weder einen bestimmten Schadensbetrag fordert, noch auch Thatsachen anführt, aus welchen dieser Betrag entnommen werden kann; ob also der Kläger lediglich den gerichtlichen Ausspruch verlangen kann, es sei der Beklagte aus einem gegebenen Grunde schadensersatzpflichtig, während das Gesuch auf eine bestimmte Summe und die Substantiirung derselben einem Liquidationsverfahren vorbehalten bleibt.

Zwar kann man nach der Praxis einen Schadens-Ersatz-Anspruch in solcher Weise accessorisch geltend machen.

Man kann wohl so klagen, daß Beklagter für schuldig erklärt werde, die verkauften Waaren dem Kläger zu liefern und denselben für die verspätete Erfüllung zu entschädigen.

So war denn auch die ursprüngliche Widerklage. Jetzt aber geht dieselbe nun dahin, daß Beklagter für schuldig erklärt werde, Kläger den aus der verspäteten Lieferung pro Mai demselben erwachsenen Schaden zu ersetzen.

Der Widerbeklagte hat denn auch wiederholt geltend gemacht, daß diese Klage als nicht ausreichend substantiirt abzuweisen sei; und es hätte eine solche Abweisung in der That durch das Stadtgericht ausgesprochen werden sollen. Der Grund, den das Stadtgericht dafür angibt, daß dies nicht geschehen, daß

nämlich zur Zeit der Erhebung der Widerklage am 9. Juni 1864 der Umfang des klägerischen Schadensanspruchs nicht ermessen und demnach nicht substantiirt werden konnte, ist schon deßhalb nicht stichhaltig, weil sich nicht ersehen läßt, warum es sich so hätte verhalten sollen.

Das stadtgerichtliche Erkenntniß ist aber nicht blos um deßwillen unrichtig, weil es die Widerklage nicht angebrachtermaßen abgewiesen; es leidet noch aus einem andern Grunde, an einer Iniquität, weil es nämlich dem Widerkläger den Beweis nachläßt, daß und welchen Schaden er durch die unterlassene Hierhersendung der fraglichen Kalbskidfelle erlitten habe; also dieser Schaden bedingt zugesprochen worden ist.

Es hätte ihm aber bedingt nur der Schaden aus der Verspätung der Lieferung zugesprochen werden sollen; der Schaden, den er zugleich mit der Lieferung hätte ansprechen können, wenn er nicht auf die Lieferung verzichtet hätte.

Hiernach wäre denn die Widerklage angebrachtermaßen abzuweisen.

Mäklergeschäft. Actiengesellschaft.

(Badisches Landrecht. Allg. deutsches Handelsgesetzbuch.)

I. Wann ist der Provisionsanspruch aus einem dem Mäkler gegebenen Versprechen erworben?

II. Kann der Auftrag vor Erfüllung durch den Mäkler von dem Auftraggeber zurückgenommen werden, ohne daß dem Beauftragten ein Anspruch auf die versprochene Provision zusteht?

III. Wenn der Mäkler den Verkauf eines Handelsgeschäfts an eine zu gründende Actiengesellschaft übernimmt, und sich zur Einholung der schriftlichen Zeichnung der Actienbeträge für das als Kaufpreis stipulirte Actienkapital

verpflichtet, welchen Erfordernissen, insbesondere in Betreff der Gründung des Actienvereins, muß Seitens des Mäklers genügt sein?

IV. Haben diejenigen dritten Personen, welche auf die Aufforderung des Mäklers bereits Actien gezeichnet haben, Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Auftraggeber des Maklers, wenn der Auftraggeber den dem Letzteren gegebenen Auftrag vor Erfüllung desselben zurücknimmt?

Gegenstand des Gutachtens.

Die Herrn S. St. u. Söhne, welche die Brauerei zum F. in der Nähe von M. betreiben, beabsichtigten das betreffende Anwesen an eine zu bildende Actiengesellschaft verkaufsweise zu überlassen. Zur leichteren Erreichung dieses ihres Zwecks stellten sie den Herren S. St. und H. H. in M. unterm 6. Juli 1882 einen Revers aus, laut welchem sie sich für den Fall, daß durch dieselben die Brauerei an eine zu errichtende Actiengesellschaft um die Summe von 850,000 M. verkauft werden sollte, zur Bezahlung einer Provision von 50,000 M. verpflichteten.

Durch eine unterm 9. Juli 1882 an H. H. ausgestellte urkundliche Erkärung wurden die näheren Bedingungen der zu gründenden Actiengesellschaft, und des an diese vorzunehmenden Verkaufs festgestellt.

Nachdem nun die H. S. St. u. Söhne anderweitige Gelegenheit zur Veräußerung ihrer Brauerei z. F. gefunden haben, handelt es sich um die Ertheilung eines Rechtsgutachtens über die Frage:

> ob und inwiefern die beiden bezeichneten Urkunden eine rechtliche Verbindlichkeit der H. S. St. u. Söhne gegenüber den Herren St. u. H. zu begründen vermögen.

§ 1.

Das thatsächliche Verhältniß.

Die S. St. u. Söhne gezeichnete, d. d. 6. Juli 1882 ausgestellte und Revers überschriebene Urkunde lautet:

„Hiermit verpflichten wir uns den Herren S. St. u. H. H. „hier, falls dieselben unsere Brauerei um die Summe von „850,000 M. auf Actien gründen sollten, eine Provision von „50,000 M. zu zahlen.“

„Sollten wir jedoch während der Verhandlungen unsere „Brauerei an irgend Jemand anders verkaufen, so haben die„selben nichts zu beanspruchen.“

An diese Urkunde schloß sich eine weitere schriftliche Erklärung an, welche das Datum, M. 9. Juli 1882, in der mitgetheilten Abschrift aber keine Unterschrift trägt, und folgender Maaßen lautet:

„Wir erklären hiermit dem Herrn H. H., daß wir „unser Brauerei-Anwesen, gen. „z. F.“ unter folgenden „Bedingungen an eine zu bildende Actiengesellschaft zu „verkaufen bereit sind:

„1. Verkaufspreiß: 850,000 Mark.

„2. Wir übernehmen hiervon selbst Actien im Betrage von „nominal 100,000 M. zum Pari-Curse.

„3. Unser Herr A. St. verpflichtet sich, vom Verkaufsab„abschluß an der Brauerei noch drei Jahre als Leiter „vorzustehen, wofür ihm von der Actiengesellschaft ein „jährlicher Gehalt von 5000 M., wozu noch die sta„tutenmäßigen Tantiemen hinzutreten, zu zahlen ist.

„4. Zum Verkaufsobject gehören: das ganze Anwesen „„z. F.“ incl. Wohnhaus, alle zum Geschäftsbetrieb „nöthigen Einrichtungen, wie solche jetzt vorhanden, „alles Material an Fässer, Pferden, Wagen rc.

„5. Die Uebernahme Seitens der Actiengesellschaft hat am „1. Sept. 1882 zu geschehen.

„6. Die an diesem Tage vorhandenen Vorräthe, so sind „als Bier, Hopfen, Malz, Gerste, Kohlen, Daubholz, „Pech, Heu und Stroh und sämmtliche neuen Gegen„stände, die sich in den Vorrathskammern befinden, „sind zum Selbstkostenpreiß von der Actiengesellschaft „zu übernehmen.

„7. Als erste Hypotheke lassen wir auf dem Anwesen „200,000 M. stehen, und zwar verzinslich mit 4½ % „bei vierteljähriger Zinszahlung.

„Wir ersuchen den Herrn H. H. dahin zu wirken, „daß die der Gesellschaft als Actionäre beitretenden „Herren bis längstens den 25. dſs. Mts. Behufs ge= „setzlicher Constituirung der Gesellschaft ihre Ent= „schließung schriftlich zu Handen des Herrn Anwalt „S. hier niederlegen."

Nachdem inzwischen die Herren St. u. Söhne Gelegenheit gefunden haben, ihr Brauerei=Anwesen anderweitig zu ver= äußern, ließen die Herren St. u. Söhne unterm 21. Juli durch Notar B. den Herren Str. u. H. eröffnen:

„daß wir hiermit unseren Auftrag vom 6. Juli be= „treffs Verkaufs unserer Brauerei widerrufen, wegen be= „reits stattgefundenen Verkaufs derselben.

„Die erwähnte Urkunde, der hiernach keine weitere Folge „zu geben ist, verlangen wir zurück."

Gleichzeitig wurde Herrn H. H. in gleicher Weise eröffnet:

„Daß wir unsere, dieselbe Brauerei betreffende Er= „klärung vom 9. Juli zurückziehen, so daß diesem letzteren „Schreiben ebenfalls keine weitere Folge zu geben ist."

Die nämlichen Erklärungen wurden mit Beziehung auf den Schluß der Urkunde vom 9. Juli auch Herrn Rechtsan= walt S. in M. kundgegeben. Herr H. verweigerte die Heraus= gabe der Urkunde vom 6. Juli, deren Besitz er einräumte, während unterm 22. Juli folgende durch Rechtsanwalt S. u. H. H. an Gerichtsvollzieher Kl. gerichtete Erwiderung erfolgte:

„Der Revers vom 10. Juli gibt Herrn H. H. das An= „wesen der H. St. u. Söhne ausdrücklich bis (incl.) 25. Juli „d. Js. für 850,000 M. an die Hand. H. H. wird voraussichtlich „in der Lage sein, bis Montag den 24. Juli Abends den H. St. „u. Söhne anzeigen zu können, daß sämmtliche Actien gezeichnet „sind. Er besteht deßhalb auf Vertragserfüllung von Seiten „der Herren St. u. Söhne, setzt sie hiermit in Verzug, und „macht sie für allen Schaden haftbar, der insbesondere auch

„dem Herrn H. selbst zustößt, wenn sie, Herren St. und Söhne, ihren Vertrag brechen.“

Hiernach erfolgte unterm 24. Juli 1882 durch Rechtsanwalt G. Namens der Herren S. St. u. Söhne die an Herrn S. und H. gerichtete Erklärung:

„Namens der Herren . . . . . eröffne ich Ihnen hiermit:

„Die in der Mittheilung vom 22. d. M. aufgestellten „Behauptungen werden in thatsächlicher und rechtlicher „Beziehung bestritten; durch die Erklärung vom 10. „(9.) Juli wurde dem Herrn H das Anwesen der Herren „St. u. Söhne nicht an die Hand gegeben; der Anspruch „auf Vertragserfüllung, bez. Entschädigung wird zurück„gewiesen und an der Zuschrift vom 21. d. M. fest„gehalten.“

Bereits vor dieser Eröffnung d. h. am 23. Juli hatten sowohl Rechtsanwalt S. wie H. Zuschriften an St. u. Söhne gerichtet:

Die Zuschrift von S. lautete dahin: „Hiermit zeige ich „Ihnen an, daß die schriftlichen Zeichnungen des Actiencapitals „nunmehr bei mir hinterlegt sind, und ich ersuche Sie dem„gemäß, da die Bedingung des Reverses vom 10. Juli in allen „Theilen erfüllt ist, mir binnen 12 Stunden mitzutheilen, welcher „Zeitpunkt zur Zusammenberufung der constituirenden Ver„sammlung Ihnen der passendste ist.“

H. H. schrieb dagegen: „Hierdurch beehre ich mich, Ihnen „zur Kenntniß zu bringen, daß die Actienzeichnungen nach In„halt des Reverses vom 10. Juli nunmehr bei Herrn Rechts„anwalt S. hinterlegt sind. Ich ersuche Sie, Ihrerseits den „Vertrag zu erfüllen, und mache Sie für mich und die Herren „Zeichner für allen Schaden haftbar, wenn Sie wider Er„warten den Vertrag nicht erfüllen sollten.“

Auf diese beiden Zuschriften hatten S. St. u. Söhne bereits am 24. Juli in einem an die Herren H. u. S. gerichteten Schreiben erwiedert:

„Unter Bezug auf unser an Herrn Notar B. gerich„tetes, Ihnen eröffnetes Schreiben vom 21. dss. Mts., „sowie auf das von Herrn Rechtsanwalt G. in unserem

„Auftrag an Sie gerichtetes Schreiben vom 24. d. M. „haben wir auf Ihre Zuschrift vom Gestrigen zu er„widern, daß uns dessen thatsächliche Mittheilung nicht „berührt, und wir an dem in unseren erwähnten Erklä„rungen eingenommenen Standpunkt lediglich festhalten. „Wir wiederholen, daß aus den Schriftstücken vom 6. und „10. ds. Mts weder Ihnen, noch sonst Jemand ein An„spruch auf Erfüllung oder Entschädigung, — oder wel„chen Namen es haben möge, uns gegenüber zusteht."

Bereits unterm 23. Juli hatten jedoch Herr H. mittelst Schriftsatzes bei dem Landgericht in M. die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin beantragt:

„es möge den Herren S. St. u. Söhnen die Ver„äußerung, Belastung und Verpfändung der Brauerei „„z. F." untersagt werden."

Nachdem jedoch dieser Antrag unterm 24. Juli unter Verfälligung des Antragstellers in die Kosten als unbegründet verworfen, hatte die gegen dieses Erkenntniß an das Oberlandesgericht zu K. Ferien-Senat ergriffene Beschwerde durch Erkenntniß dieses Gerichtshofes vom 31. Juli das nämliche Schicksal.

§ 2.

Die rechtliche Beurtheilung.

Die Frage, deren Beantwortung den Gegenstand des Rechtsgutachtens bildet, geht dahin:

Läßt sich aus den Urkunden vom 6. u. 9. Juli irgend eine rechtliche Verbindlichkeit der Herren S. St. u. Söhne gegenüber den Herren Str. u. H. oder gegenüber dritten Personen ableiten?

„Durch den Revers vom 6. Juli 1882 verpflichteten sich „S. St. u. Söhne" den Herren S. St. u. H. H., falls die„selben unsere Brauerei um die Summe von 850,000 M. „auf Actien gründen sollten, eine Provision von „50,000 M. zu geben."

Der Revers enthielt ein schriftliches Provisions-Versprechen von S. St. u. Söhnen zu Gunsten der Herren St. u. H. und wurde von diesen durch die Entgegennahme des Papiers acceptirt.

„Das Versprechen der Provision von 50,000 M. war da-„von abhängig gemacht, falls dieselben, die Promissare, unsere „Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien „gründen."

Durch diese nicht gerade glücklich gefaßten Worte sollte das Provisions-Versprechen davon abhängig sein,

> daß einmal die Brauerei der Promittenten um die Summe von 850,000 M. auf Actien gegründet wurde, und alsdann, daß dies durch die Promissare S. St. u. H. H. geschehe.

Es sollte also einerseits eine Actiengesellschaft errichtet werden, welche die Brauerei „z. F." zum Zwecke ihres Betriebs um den Preiß von 850,000 M. ankaufte; denn anders lassen sich wohl die Worte nicht verstehen, daß die Brauerei der Promittenten um die fragliche Summe auf Actien gegründet werde.

Das durch den Revers vom 6. Juli gegebene Provisions-Versprechen war also durch den Verkauf der Brauerei „z. F." um einen gegebenen Preiß und zwar an eine zum Betrieb dieser Brauerei zu errichtende Actiengesellschaft bedingt.

Andererseits sollten die Herren St. u. H. die Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien gründen, d. h. die Gründung einer Actiengesellschaft in die Hand nehmen und zu Stande bringen, welche die Brauerei um den Preiß von 850,000 M. ankaufte und betriebe.

Die Provision von 50,000 M. war demnach den Herren St. u. H. für die Thätigkeit zugesagt, die sie zur Errichtung einer Actiengesellschaft und Vermittelung des an diese um gegebenen Preiß zu bewirkenden Verkaufs der Brauerei entwickeln sollten, vorausgesetzt, daß diese Thätigkeit in jener bezeichneten Richtung von Erfolg gekrönt war.

Es handelt sich hier also um eine Mäkler-Provision, welche den Herren St. u. H. für den Fall versprochen war, daß es ihnen gelingen sollte, die Brauerei „z. F.“ um den besagten Preis an eine durch ihre Bemühungen in's Leben zu rufende Actiengesellschaft zum Verkauf zu bringen.

Der Erwerb des Provisionsanspruchs war demnach durch zweierlei bedingt.

Es mußte einmal durch die Vermittelung der Herren St. u. H. die in Aussicht genommene Actiengesellschaft in's Leben getreten, oder doch deren Errichtung mindestens soweit gesichert sein, daß zu diesem Zweck nur noch Formalitäten, wie Wahl von anfänglichem Vorstand und Aufsichtsrath und Eintrag in's Handelsregister zu erfüllen waren. Es mußten sonach die Statuten der zu gründenden Gesellschaft, deren Grundcapital, sowie die Einzahlung von mindestens 10 Proz. auf jede Actie in der gesetzlich verlangten Weise festgestellt sein.

Allg. deutsches H. Art. 209a.*)

Andrerseits mußte durch die Bemühungen der Herren St. u. H. der Verkauf der Brauerei an die Actiengesellschaft vollendet oder mußten mindestens die Verkaufsverhandlungen soweit gediehen sein, daß der Verkauf bei Constituirung des Actienvereins sofort perfect wurde.

Zu letzterem Zwecke war es aber nach Maßgabe der Zusatz-Artikel, welche durch die Novelle vom 11. Juni 1870 in das Allg. d. H. eingeschaltet worden sind, erfordert, daß in dem Gesellschaftsvertrage, d. h. in den gerichtlich oder notariell beurkundeten Statuten der zu errichtenden Actiengesellschaft der **Werth des Vermögensstückes** (hier des Brauerei-Anwesens) **festgesetzt und der Preis bestimmt worden, welcher für dasselbe gewährt werde.**

Allg. d. Handelsg. Art. 209b. Abs. 1.*)

---

*) Anmerkung des Herausgebers: Nach dem Gesetz, betr. die Commanditgesellschaft auf Actien und die Actiengesellschaften vom 18. Juli 1884 werden nunmehr die Bestimmungen in Art. 209d, 209e — 210a daselbst maßgebend sein.

Auch war die Genehmigung des vorzunehmenden Kaufs durch die auf jene Grundlage vorzunehmenden Actienzeichnungen, falls der Gesellschaftsvertrag nicht zwischen den sämmtlichen Actionären zu Stande gekommen, oder m. a. W. die Statuten nicht uno actu unter den sämmtlichen anfänglichen Actionären vereinbart worden, sondern allein durch successive Actienzeichnungen genehmigt worden, als eine blos vorläufige zu betrachten, welche noch einer definitiven Billigung durch einen in einer General-Versammlung der Zeichner zu fassenden und gerichtlich oder notariell zu constatirenden Beschluß bedurfte.

Allg. d. H. Art. 209b.*)

Renaud, Actiengesellschaften, 2. Aufl. S. 286 ff.

Diese Bedingungen der versprochenen Provision waren aber am 21. Juli, d. h. zur Zeit, wie die Herren S. St. u. Söhne den H. St. u. H. erklärten, daß der von ihnen ertheilte Auftrag widerrufen und den Urkunden vom 6. und 9. Juli keine weitere Folge zu geben sei, nicht erfüllt. — Ja selbst am 23. Juli waren jene Bedingungen nicht eingetreten, wie sich aus den Zuschriften der Herren S. u. H. an S. St. u. Söhne ergibt. Denn es beschränken sich die in den beiden Zuschriften enthaltenen Erklärungen auf die Angabe, daß die schriftlichen Zeichnungen des Actiencapitals, oder daß die Actienzeichnungen nach Inhalt des Reverses vom 10. Juli bei Rechtsanwalt S. hinterlegt seien.

Davon, daß die gesetzlich vorgeschriebenen Einzahlungen auf die gezeichneten Actien erfolgt, daß die Statuten der zu errichtenden Actiengesellschaft gerichtlich oder notariell beurkundet, daß in diesen Statuten der Werth der käuflich von der zu gründenden Actiengesellschaft zu übernehmenden Brauerei und der Preis bestimmt, ist in jener Erklärung nicht die Rede, wie zweifellos geschehen wäre, wenn es sich in allen diesen Beziehungen anders verhalten hätte.

Ja es ergibt sich aus den Aeußerungen des H. H. in

---

*) Anmerkung des Herausgebers: Nach der neuen Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884: § 209b sind nunmehr die daselbst getroffenen Bestimmungen maßgebend.

seiner an das Oberlandesgericht gerichteten Beschwerde, daß bis zum 25. Juli die Actienzeichnungen sich bis auf 150,000 M. beschränken. Wenn nämlich Herr H. zu dieser Summe noch den Betrag von 100,000 M., welche durch die Urkunde vom 9. Juli die Herren S. St. u. Söhne zu übernehmen erklärt hatten, und weiter die 200,000 M. rechnete, welche dieselben laut jener Urkunde zu $4^1/_2{}^0/_0$ verzinslich auf dem Anwesen stehen lassen wollten, so war damit das Actiencapital von 850,000 M., dessen Herstellung zu den Bedingungen der versprochenen Provision gehörte, nicht gesichert; es war m. a. W., um mit dem Reverse vom 6. Juli zu sprechen, von einer Gründung der Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien nicht die Rede. Denn es bildet die Creditirung von 200,000 M. verzinslicher und hypothekarischer Schuld kein Actiencapital; auch war die Erklärung von S. St. u. Söhnen, 100,000 M. Actien zu übernehmen, in der Gestalt, wie sie geschehen, keine Actienzeichnung, sondern eine zur Erleichterung der Bildung der in Aussicht genommenen Actiengesellschaft an Herrn H. gegebene Zusage, Actien im Betrag von nominal 100,000 M. zum Paricours übernehmen zu wollen. Zwei Tage aber, nachdem S. St. u. Söhne den Herrn St. u. H. die Rücknahme des ertheilten Auftrags kundgegeben hatten, war einmal die Actiengesellschaft, deren Inslebentreten die letztgenannten Herren vermitteln sollten, weder rechtlich entstanden, noch in ihrem künftigen Bestand soweit gesichert, daß es sich allein noch um die Erledigung formeller Punkte, wie die Wahl eines anfänglichen Vorstandes gehandelt hätte; ja, es war nicht einmal das in Aussicht genommene Actiencapital voll gezeichnet.

Andrerseits war auch der Verkauf der Brauerei zur damaligen Zeit weder perfect, da die Käuferin, die Actiengesellschaft, noch nicht zu Recht bestand, noch soweit vorbereitet, daß er im Falle, daß der Actienverein in's Leben trat, sofort zur Perfection gelangte, da die gesetzlich hiefür geforderten Bedingungen nicht vorlagen.

Die ganze Angelegenheit befand sich, was die Thätigkeit der Herren St. u. H. anbetrifft, noch in dem Stadium der

Verhandlungen, hinsichtlich deren durch den Revers vom 6. Juli ausdrücklich vorgesehen ist:

„Sollten wir jedoch während der Verhandlungen unsere „Brauerei an irgend Jemand anders verkaufen, so haben „dieselben (St. u. H.) nichts zu beanspruchen."

Der hier vorgesehene Fall war eingetroffen. S. St. u. Söhne hatten ihre Brauerei während der Verhandlungen verkauft, und dies den Herren St. und H. am 21. Juli angezeigt; somit war nach der ausdrücklichen Bestimmung des Reverses jedweder Anspruch aus demselben für die betreffenden Personen verloren.

Allein es waren S. St. u. Söhne, auch abgesehen von einem bereits perfecten anderweiten Verkauf ihrer Brauerei zweifellos befugt, den an die Herren St. u. H. wegen Gründung einer Actiengesellschaft und Verkaufs der Brauerei an dieselbe gegebenen Auftrag zu widerrufen, sei es, daß sie von einer Veräußerung ihres Anwesens überhaupt oder doch von einer solchen an eine zu errichtende Actiengesellschaft absehen wollten, oder daß sie den Verkauf der Brauerei selbst in die Hand zu nehmen beabsichtigten.

Mit dem Widerruf des Auftrags, sobald er nur vor Erfüllung des letzteren den Beauftragten kundgegeben wurde, wie dies der Fall gewesen, war aber der zugesicherte Provisionsanspruch hinfällig.

Denn ist auch der Ausdruck „Provision" ein vieldeutiger, so war unter der im vorliegenden Fall zugesagten Provision ein Honorar für gelungene Auftragserfüllung gemeint, analog der Provision der Handelsmäkler und der Commissionäre nach Maßgabe des allg. d. H. Art. 82 u. 371, Abs. 2.

S. St. und Söhne hatten sich durch den Revers vom 6. Juli verpflichtet, eine Provision von 50,000 M. den Herren St. u. H. zu geben, falls dieselben unsere Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien gründen sollten. Wer aber eine Provision für den Fall verspricht, daß ihm ein gegebener Gegenstand zu gegebenem Preis an eine zu errichtende Aktiengesellschaft verkauft werden sollte,

begibt sich damit des Rechts nicht, den Auftrag und mit demselben das Provisions-Versprechen zu widerrufen, wenn der Widerruf nur vor der Auftragserfüllung geschieht und dem Beauftragten kundgegeben wird.

Allerdings hebt der Revers vom 6. Juli nur hervor, es sollten die Beauftragten nichts anzusprechen haben, wenn die Auftraggeber während der Verhandlungen ihre Brauerei an irgend Jemand Anderes verkaufen sollten. Allein es darf hieraus nicht gefolgert werden, daß sich S. St. u. Söhne hiermit des Rechts begeben wollten, den ertheilten Auftrag, und das für dessen glückliche Ausführung gegebene Provisionsversprechen zu widerrufen. Sie hatten zur Zeit der Ausstellung des Reverses die Absicht, ihr Brauerei-Anwesen zu verkaufen, und sahen allein den Fall voraus, daß dieser Verkauf statt durch die beauftragten Vermittler durch sie allein zu Stande gebracht werden würde. Indem sie für diesen allein in's Auge gefaßten Fall ausdrücklich erklärten, es sollten die Herren St. u. H. nichts an sie anzusprechen haben, wollten sie hiermit den gesetzlichen Grundsatz nicht beseitigen, wonach der Auftrag durch Widerruf des Gewaltgebers erlischt,

Bad. L.R. Satz 2003

und dieser seine Vollmacht nach Gutdünken widerrufen und erforderlichen Falls den Gewalthaber anhalten kann, ihm die Vollmachtsurkunde, welcher Art sie sei, zurückzugeben,

Bad. L.R. Satz 2004

Grundsätze, welche auch auf den Fall Anwendung finden, daß durch den Auftragsvertrag für den Beauftragten ein Recht auf Belohnung ausbedungen worden ist.

Bad. L.R. Satz 1986.

In diesem Sinne hat denn auch der französische Cassationshof unterm 6. März 1827 erkannt, daß die Stipulation bei einem bezahlten Mandate (mandat salarié), wonach der Mandatar nur im Falle von Erfolg Anspruch auf die versprochene Belohnung haben solle, dem Mandanten die Befugniß nicht entziehe, den ertheilten Auftrag, wenn es ihm gefalle, der allgemeinen Regel zufolge zu widerrufen.

Rivière, cod. franc. et lois usuelles, 4. edit. Paris 1878 zu Art. 2004. 5a.

Gilbert, cod. civ. annoté zu Art. 2003. 3.

Hiernach können die Herren St. und H. aus dem Reverse vom 6. Juli 1882 keinerlei Ansprüche gegen Herrn S. St. u. Söhne erheben, weil ihnen diese Urkunde nur eine Provision für den Fall allein zusicherte, daß sie die Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien gründeten, während sie am 21. Juli, d. h. zur Zeit, wo der ihnen ertheilte Auftrag widerrufen worden, denselben nicht erfüllt hatten. Denn es war damals durch die Bemühungen der Beauftragten weder eine Actiengesellschaft in's Leben gerufen, noch das Brauereianwesen an eine solche verkauft. Ja, es waren weder die Actiengesellschaft soweit in der Gründung gediehen, daß es nur noch an formellen Erfordernissen gemangelt hätte, und sonach deren Entstehung gesichert gewesen wäre, noch der Verkauf der Brauerei an die Gesellschaft für den Fall ihres Inslebentretens sicher gestellt.

So ist es denn sehr beachtenswerth, daß sich der Vertreter der Herren Str. u. H., Rechtsanwalt S., sowie Herr H. selber nirgends auf den Revers vom 6. Juli, sondern nur auf die Urkunde vom 9. (10.) Juli berufen. Der Revers vom 10. Juli, erklären dieselben unterm 22. Juli, gebe das Anwesen der Herren S. St. u. Söhne Herrn H. H. ausdrücklich bis (incl.) 25. Juli ds. für 850,000 M. an die Hand. Auch bringt Herr H. mittelst seines Schreibens vom 23. Juli S. St. u. Söhnen zur Kenntniß, daß die Actienzeichnungen nach Inhalt des Reverses vom 10. Juli bei Herrn Anwalt S. hinterlegt seien.

Die Urkunde vom 9. (10.) Juli, die zwar in der Abschrift keine Unterschrift führt, zu deren Ausstellung und Inhalt sich jedoch S. St. u. Söhne bekennen, war von diesen Herrn H. auf dessen Veranlassung ausgestellt worden. Nachdem die Herren St. u. H. unterm 6. Juli das Versprechen der Provision von 50,000 M. auf den Fall erlangt hatten, daß sie die Brauerei um die Summe von 850,000 M. auf Actien gründen sollten, handelte es sich um nähere Bestimmungen über

die von den Promissaren zu gründende Actiengesellschaft und über den von ihnen an diesen Verein zu vermittelnden Verkauf.

In letzterer Hinsicht erklären sich durch die Urkunde vom 9. Juli S. St. u. Söhne bereit, ihr Brauerei-Anwesen an eine zu bildende Actiengesellschaft um den Preis von 850,000 M. zu verkaufen. Hierbei werden nähere Bestimmungen über dasjenige, was zum Verkaufsprojecte gehört, sowie über die Gegenstände, welche daneben von der Actiengesellschaft zum Selbstkostenpreis übernommen werden sollen, gegeben; und wird außerdem bestimmt, daß auf dem Anwesen 200,000 M. in vierteljährigen Raten zu $4^1/_2\,^0/_0$ verzinslich, als erste Hypotheke stehen bleiben sollen.

Hinsichtlich des zu errichtenden Actienvereins erklären S. St. u. Söhne, daß sie selbst Actien zum Nominalbetrage von 100,000 M. zum Paricours übernehmen. Auch soll der Actienverein am 1. September 1882 das Anwesen übernehmen, also bis zu diesem Zeitpunct in's Leben getreten sein, während endlich die der Gesellschaft als Actionäre beitretenden Herren bis längstens am 25. Juli behufs gesetzlicher Constituirung der Gesellschaft ihre Entschließung schriftlich zu Händen des Herrn Anwalts S. niedergelegt haben sollen.

Bei solchem Inhalte ist es klar, daß die Urkunde vom 9. (10.) Juli 1882 ohne alle selbstständige Bedeutung ist.

Von der Zusicherung einer Provision an die Herren St. u. H. ist in der Urkunde keine Rede, und ebensowenig von einem denselben ertheilten Auftrag, die Gründung einer Actiengesellschaft und den Verkauf des Brauerei-Anwesens an letztere in die Hand zu nehmen.

Die Urkunde vom 9. Juli schließt sich vielmehr lediglich an den Revers vom 6. Juli an, indem sie nähere Bestimmungen über die Gründung der Brauerei auf Actien gibt, von welcher die zugesicherte Provision abhängig gemacht ist.

Verhält es sich aber so, so beruht es auf einem völligen Mißverständniß, wenn die Herren S. u. H. in ihrer unter'm 22. Juli an die Herren S. St. u. Söhne gerichteten Kund-

gebung erklärten: „Der Revers vom 10. Juli gebe Herrn H. H. das Anwesen der Herren S. St. u. Söhne bis (incl.) 25. Juli für 850,000 M. an die Hand.

Denn es gibt die Urkunde vom 9. Juli, für sich allein betrachtet, Herrn H. keinerlei Rechte über das Anwesen, noch begründet sie für denselben überhaupt irgend welche Ansprüche. S. St. u. Söhne erklären Herrn H, daß sie ihr Brauerei-Anwesen an eine zu bildende Actiengesellschaft unter gegebenen Bedingungen zu verkaufen bereit sind. Also liegt hier zunächst kein Verkauf vor. Allein auch ein pactum de vendendo ist in jener Erklärung nicht zu finden, und noch weniger ein mit einem pactum de vendendo verbundenes pactum de emendo im Sinne des Bad. Landr. S. 1589. Insbesondere wollten sich S. St. u. Söhne nicht verpflichten, ihr Anwesen an Herrn H. zu verkaufen; denn sie erklärten sich zum Verkauf ihrer Brauerei an eine zu bildende Actiengesellschaft bereit. Sie konnten und wollten sich auch nicht einer zu bildenden Actiengesellschaft zum Verkaufe verpflichten, was ein ungültiges pactum in favorem tertii und zwar zu Gunsten einer persona nondum nata gewesen wäre.

Bad. L.R. Satz 1121.

Ging aber der Sinn der Worte: „Wir erklären hiermit dem Herrn H., daß wir unser Brauerei-Anwesen unter folgenden Bedingungen an eine zu bildende Actiengesellschaft zu verkaufen bereit sind, dahin, daß sich S. St. u. Söhne Herrn H. zum Verkauf der Brauerei an einen zu errichtenden Actienverein verbindlich machen wollten, daß also Herr H. auf die an einen Dritten vorzunehmende Leistung berechtigt sein sollte, so handelt es sich hier um einen unbenannten Vertrag, durch welchen sich S. St. u. Söhne Herrn H. zu einem facere verpflichteten, d. h. um einen Vertrag, aus welchem Letzterer nur insofern Rechte abzuleiten vermöchte, als er ein nachweisbares pecuniäres Interesse an der Erfüllung der zugesagten Leistung hätte.

arg., Bad. L.R., S. 1142.

Ein solches Interesse ist aber nur vorhanden, wenn Herrn H. von S. St. u. Söhnen eine Provision für den Fall der Gründung der in Frage stehenden Actiengesellschaft und der Vermittelung des Verkaufs der Brauerei an dieselbe zugesagt worden ist.

Da nun von alledem in der Urkunde vom 9. Juli keine Rede ist, daselbst weder von einer Provision, noch von einer Auftragsertheilung gesprochen ist, auch die Andeutung, die in den Worten enthalten: „Wir ersuchen Herrn H., dahin zu „wirken, daß die der Gesellschaft als Actionäre beitretenden „Herren bis längstens den 25. Juli ihre Entschließung schrift„lich niederlegen," an und für sich, d. h. ohne den Revers vom 6. Juli unverständlich ist, so weist diese Sachlage wieder darauf hin, daß die Urkunde vom 9. Juli keinerlei rechtsbegründende Bedeutung haben, sondern lediglich nähere Bestimmungen zum Reverse vom 6. Juli geben sollte.

Hiernach führen die vorausgegangenen Erörterungen zu folgendem Ergebniß:

Faßt man die Urkunde vom 9. Juli für sich allein in's Auge, so lassen sich aus derselben weder für die Herren St. u. H., noch sonst für irgend Jemand Rechte gegen S. St. u. Söhne herleiten.

Dagegen enthält der Revers vom 6. Juli ein von S. St. und Söhnen den Herren St. u. H. gegebenes Versprechen einer Provision, von 50,000 M., f a l l s d i e s e l b e n u n s e r e B r a u e r e i um die Summe v o n 850,000 M. auf Actien g r ü n d e n s o l l t e n, eine B e d i n g u n g, welche ihre n ä h e r e P r ä c i s i r u n g durch die Urkunde vom 9. Juli erhalten hat. Dieses Provisions-Versprechen ist aber dadurch hinfällig geworden, daß der Auftrag, von dessen Erfüllung es abhängig gemacht war, bereits vor dieser Erfüllung Seitens von S. St. u. Söhnen am 21. Juli widerrufen worden ist.

Zwar führt Herr H. in seiner bei Großh. Oberlandesgericht eingebrachten Beschwerde aus, durch die Urkunde vom 9. Juli hätten ihm S. St. u. Söhne behufs des Verkaufs der Brauerei an eine zu bildende Actiengesellschaft Zeit bis zum

25. Juli gegeben. Sonach seien S. St. u. Söhne bis zu diesem Termin an ihre Offerte gebunden gewesen, und hätten dieselben nicht mehr zurücktreten können, nachdem die Zeichnung des vollen Actiencapitals bis zu dieser Zeit vertragsmäßig erfolgt sei.

Will man aber auch die Worte zum Schlusse der Urkunde vom 9. Juli:

> „Wir ersuchen den Herrn H. H. dahin zu wirken
> „daß die der Gesellschaft als Actionäre beitretenden Herren
> „bis längstens den 25. d. M. behufs gesetzlicher Consti-
> „tuirung der Gesellschaft ihre Entschließung schriftlich zu
> „Händen des Herrn Anwalts S. niederlegen"

dahin verstehen, daß Herrn H. zur Beibringung der Actienzeichnungen bis zum 25. Juli Zeit gegeben worden sei, so hat der Umstand, daß der Auftraggeber für die Erfüllung des ertheilten Auftrags einen Termin gesetzt hat, nur die Bedeutung, daß eine nach Ablauf dieser Zeit vorgenommene Leistung keine auftragsgemäße ist; — dagegen entzieht eine solche Terminsbestimmung dem Auftraggeber die Befugniß nicht, auch vorher den gegebenen Auftrag zu widerrufen. In diesem Sinn hat denn auch das Oberlandesgericht in den Entscheidungsgründen zum angegebenen Erkenntniß sich ausgesprochen, während der oben bereits erwähnte Bescheid des franz. Cassationshofs erkannt hat, es entziehe die Stipulation beim bezahlten Mandate (mandat salarié), daß der Mandatar auf das versprochene Salair nur im Falle eines binnen bestimmter Zeit erreichten Erfolges (qu'en cas de succès dans un délai fixé) Anspruch haben solle, dem Mandanten das Recht nicht, gemäß der allgemeinen Regel den Auftrag, wann er wolle (quand bon lui semble) zu widerrufen.

Ganz abgesehen davon waren auch bis zum 25. Juli die Bedingungen der versprochenen Provision nicht erfüllt. Nicht allein war der Verkauf der Brauerei an die zu gründende Actiengesellschaft nicht gesichert, sondern es war das Capital derselben jedenfalls nur bis zum Betrag von 550,000 M. aufgebracht, und waren selbst diese Zeichnungen unverbindlich, weil die ge-

setzlich erforderten Anzahlungen auf die Actien nicht geschehen waren.

Renaud, Actieng. 2. Aufl. S. 251 ff.

Hiernach geht unser rechtliches Erachten dahin, daß aus den Urkunden vom 6. und 9. Juli 1882 keinerlei Ansprüche gegen S. St. u. Söhne begründet sind.

Wie solche zu Gunsten der Herren Str. u. M. aus den oben entwickelten Gründen nicht bestehen, so haben auch die Actienzeichner in dieser ihrer Eigenschaft aus jenen Urkunden keinerlei Rechte, weil die Actienzeichnungen erst nach Widerruf des von S. St. u. Söhnen zur Gründung einer Actiengesellschaft gegebenen Auftrags stattgefunden und abgesehen hievon diese Zeichnungen durch Herrn H. in dessen eigenem Namen entgegengenommen wurden, die Subskribenten als solche demnach in keinerlei rechtliche Beziehung zu den Herren St. u. Söhnen getreten sind.

Deshalb wären Schadensersatzansprüche der Zeichner, welche sich darauf gründeten, daß die Actiengesellschaft durch den anderweitigen Verkauf der Brauerei in ihrer Entstehung behindert worden, wenn überhaupt, nur gegen Herrn H. begründet.

Commanditgesellschaft auf Actien.

I. Ist im Falle der Concurseröffnung gegen die Actien-Commandit-Gesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter die Gläubigerschaft berechtigt, den noch nicht einbezahlten Betrag der Actien zur Concursmasse ausgefolgt zu verlangen, oder kann nur jeder einzelne Gläubiger von jedem einzelnen Actionär die Deckung seiner Verluste im Gante der Gesellschaft verlangen?

II. War der Güterpfleger legitimirt, die Einzahlungen zu verlangen? Mußte er sich bei diesem Verlangen an die statutenmäßigen Anordnungen über die Voraussetzungen

und Fristen für die Einzahlung der rückständigen Actienbeträge binden?

III. Hat der Güterpfleger durch seine Anforderungen die Actionäre in Verzug setzen können, so daß sie Verzugszinsen von da an zu bezahlen haben, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die in II. bemerkten statutenmäßigen Anordnungen nicht beobachtet sind?

IV. Oder hätte nicht vielmehr an Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter der Güterpfleger den Aufsichtsrath zusammenberufen und den Antrag stellen sollen, nach Ziffer 5 der §. 29 der Statuten nunmehr weitere Einzahlungen zu beschließen?

V. Endlich fragt es sich, ob der Art. 169, beziehungsweise Art. 122 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs auf Commandit-Gesellschaften auf Actien anwendbar ist oder nicht?

Veranlassung und thatsächliches Verhältniß des Gutachtens.

Die seit 1. Mai 1860 in M. unter der Firma: „Spar- und Credit-Verein" bestehende Handelsgesellschaft wurde unter'm 14. Juli 1873 als Commanditgesellschaft auf Actien in das dortige Handelsregister eingetragen. Als persönlich haftende Gesellschafter sind im Eintrag benannt: Com. Ph. A. und Kaufmann G. K. daselbst, während das Commanditisten-Capital als in 100 Actien von je 5000 fl. zerlegt angegeben ist.

Nachdem am 15. Januar 1875 Seitens der beiden persönlich haftenden Gesellschafter die Insolvenz der Gesellschaft dem Oberamtsgericht in M. angezeigt worden, wurde daselbst unter'm 2. Mai ds. sowohl gegen die Gesellschaft, wie gegen die persönlich haftenden Gesellschafter der Concurs eröffnet.

Auf Anordnung des Gantgerichts wurden nun die Actienzeichner und beziehungsweise Actionäre durch den Güterpfleger mittels recommandirter Briefe zur Einzahlung der mit 75 % rückständigen Actienbeträge in die Concursmasse aufgefordert.

Die Aufforderung blieb wenigstens gegenüber Einzelnen der Aufgeforderten ohne Folge, worauf die Säumigen Namens der Gläubigerschaft des Sp. u. Cr.-Vereins auf Einzahlung der betreffenden Actienbeträge nebst 6 Proz. Verzugszinsen vom Tage der Mahnung an verklagt wurden.

In Folge dessen ist die Begutachtung vorstehender Fragen eingefordert.

Zu Frage I:

Wenn auch die Commandit-Gesellschaft auf Actien anders, wie der Actienverein keine juristische Person ist, so bilden doch die Gesellschafter unter der Gesellschaftsfirma eine formelle Einheit. In diesem Sinne sagt das allg. deutsche Handelsgesetzbuch, Art. 164: „Die Commanditgesellschaft kann „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten ein-„gehen . . . ., vor Gericht klagen und verklagt werden."

Zu den Rechten, welche der Actien-Commandit-Gesellschaft erworben sind, gehören unter Anderen die Forderungen wegen der gezeichneten und noch rückständigen Actienbeträge, Beträge, die, soweit sie fällig sind, durch die Gesellschaft und beziehungsweise deren Vertreter eingefordert, nöthigenfalls eingeklagt werden können. Fällt aber Jemand — gleichgültig, ob eine einzelne Person oder Handelsgesellschaft — in Concurs, so ist die Gläubigerschaft, die communio creditorum des Gantirers berechtigt, die Vermögensrechte desselben geltend zu machen. Das Gläubigercorps zieht durch sein Organ, den Güterpfleger, welcher hier als procurator cridarii in rem creditorum fungirt, das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners zur Masse, vindicirt die demselben gehörigen, in dritter Hand befindlichen Sachen, cassirt und beziehungsweise klagt die fälligen Forderungen ein.

So vermag es denn keinem Zweifel zu unterliegen, daß im Concurse einer Actiencommandit-Gesellschaft die Gläubigerschaft berechtigt ist, den nicht einbezahlten Betrag der Actien-soweit derselbe fällig, zur Concursmasse einzuziehen.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Sache nicht so liegt, als ob im Concurse einer Commanditgesellschaft auf Actien nur

jeder einzelne Gläubiger von jedem einzelnen Actionär die Deckung seiner Verluste im Gante der Gesellschaft verlangen könnte.

Daß es sich nicht so verhält, ergibt sich jedoch ferner daraus, daß im Sinne des Gesetzes (Allg. d. H. Art. 169 verbunden mit Art. 122), wie zu Nr. V weiter ausgeführt werden soll, die Gläubiger der in Concurs gefallenen Commanditgesellschaft ihre Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen haben, während die geschuldeten Actienbeträge einen Theil dieses Fonds bilden. Wenn aber das Gesetz die Creditoren der concursmäßigen Gesellschaft nur wegen des Ausfalls, d. h. der Beträge, für welche sie im Gesellschafts-Concurse nicht gedeckt worden sind, an das Privatvermögen der Gesellschafter verweist, so ist diese Bestimmung hier ohne alle Anwendung, da es sich bei einer Klage oder einem Executions-Antrag eines Gesellschaftsgläubigers gegen einen Actienzeichner auf den rückständigen Actienbetrag nicht um das Privatvermögen eines Gesellschafters handelt, sondern um ein Rechtsmittel gegen einen debitor debitoris, d. h. einen Schuldner der in Gant gefallenen Societät.

Zu Frage II:

Nach Maaßgabe der vorstehenden Ausführungen ist nach eröffnetem Concurse die Gläubigerschaft berechtigt, die Vermögensrechte des Gemeinschuldners geltend zu machen, und daher auch die Forderungen desselben einzuziehen. Das gesetzliche Organ der communio creditorum ist aber der Güterpfleger. Sonach ist Letzterer legitimirt, die Forderungen des Cridars einzukassiren, und beziehungsweise einzuklagen, und gilt dies insbesondere in der Gant einer Actien-Commandit-Gesellschaft von deren Forderungen wegen ausstehender Actienbeträge.

Allein es darf hierbei nicht übersehen werden, daß der Concurs eines Gläubigers die Stellung der Schuldner desselben nicht verschlechtern kann. Wie also während der Dauer einer Actien- oder einer Actien-Commandit-Gesellschaft deren Vertreter nur die statutenmäßig verfallenen Actienbeträge einklagen, und die Vereinsgläubiger nur auf diese Beträge exequiren können,

Renaud, Actiengesellschaften (2. Aufl.) S. 778,

so verhält es sich im Concurse der Gesellschaft nicht anders. Kann hier auch die communio creditorum, und in deren Vertretung der Concurscurator die Einzahlung der rückständigen Actienbeträge einverlangen, so ist dies doch nur in Gemäßheit der Bestimmungen möglich, welche die Statuten hinsichtlich dieser Einzahlungen geben.

In dieser Hinsicht besagen aber die Statuten des Sp. u. Cr.-Vereins vom 26. Februar 1873, § 10, Abs. 2:

„Sollten weitere Baareinzahlungen (außer den baar „eingezahlten 25 Proz.) nothwendig werden, so ist auf „den Antrag der persönlich haftenden Gesellschaftern von „dem Aufsichtsrath Beschluß zu fassen. Sofort werden „solche Einzahlungen je mit 10 bis 15 Proz. mindestens „vier Wochen vor dem Zahlungstermin den Gesellschaftern „persönlich oder durch recommandirte Briefe angekündigt."

Nicht weniger bestimmen die Statuten § 27:

„Der Aufsichtsrath vertritt die Gesammtheit der Com-„manditisten den persönlich haftenden Gesellschaftern gegen-„über, mit dem Rechte: 5. über weitere Einzahlungen „der Commanditisten auf Antrag der persönlich haftenden „Gesellschafter (§ 10 Abs. 2) zu beschließen."

Nach Maaßgabe dieser statutenmäßigen Anordnungen sind während der Dauer der Gesellschaft, — auf welches Verhältniß zunächst die Statuten allein reflektiren, — weitere Einzahlungen der gezeichneten Actienbeträge nur unter folgenden Voraussetzungen und in folgender Art zu machen:

1. wenn weitere Baareinzahlungen nothwendig werden,
2. wenn über diese Nothwendigkeit auf Antrag der persönlich haftenden Gesellschafter durch den Aufsichtsrath Beschluß gefaßt worden ist;
3. die einzelne Einzahlung kann nur im Betrage von 10 bis 15 Proz. des gezeichneten Betrags verlangt werden;
4. die Einzahlung der einzelnen Rate muß dem Actionär mindestens vier Wochen vor dem Einzahlungstermin persönlich oder durch recommandirten Brief angekündigt worden sein.

An diesen Voraussetzungen und Fristen für die Einforderung der rückständigen Actienbeträge ändert aber der Umstand nichts, daß die Actiencommandit-Gesellschaft in Concurs gefallen ist, weil, wie schon früher bemerkt wurde, die Gant eines Gläubigers die rechtliche Stellung der Schuldner desselben nicht verschlechtern und daher nicht bewirken kann, daß, was bedingt geschuldet wurde, nun unbedingt bezahlt werden muß, — daß ferner Vollzahlungen an Stelle von Ratenzahlungen treten, und daß die Debitoren der Zahlungsfristen verlustig gehen, welche ihnen eingeräumt waren. Hat zwar der Concurs der Actiencommandit-Gesellschaft die Folge, daß an Stelle der Gesellschaft die Gläubiger-Gemeinschaft zur Einforderung der rückständigen Actienbeträge berechtigt ist, und wird die communio creditorum durch den Güterpfleger vertreten, so ist dieser zur Einklagung der Aktienrückstände nicht anders befugt, als es während der Gesellschaft deren Vertreter gewesen wäre.

Den vorliegenden Statuten gemäß ist also der Güterpfleger nur dann zur Einforderung weiterer Einzahlungen auf die Actienrückstände legitimirt, wenn die Nothwendigkeit einer solchen Einzahlung durch Beschluß des Aufsichtsraths anerkannt worden ist, und können ferner die rückständigen 75 Proz. des Nominalbetrags der Actien nicht auf einmal, sondern nur in Raten von 10—15 Proz. und allein, nachdem die zu leistende Einzahlung mindestens vier Wochen vorher angekündigt worden, einverlangt werden.

Folgt dies, wie schon bemerkt wurde, daraus, daß der Concurs eines Gläubigers die rechtliche Stellung der Schuldner desselben nicht verschlechtern kann, so läßt sich hiergegen nicht einwenden, daß mit der durch die Gant erfolgten Auflösung der Actien-Commandit-Gesellschaft, deren Organe, also auch der Aufsichtsrath hinfällig geworden seien, und daß demnach die Mitwirkung dieser Behörde für die Einforderung der Actienrückstände sich als eine Unmöglichkeit darstelle. Denn es hat das Allg. deutsche Handelsgesetzbuch ausdrücklich den Fortbestand des Aufsichtsraths, zum Zwecke der Auseinander-

setzung der aufgelösten Gesellschaft anerkannt. (Allg. d. H. Art. 204, Nr. 3*), Art. 172 u. 144).

Mit mehr Schein ließe sich gegen die Behauptung, daß der Concurs der Gesellschaft an den statutenmäßigen Bestimmungen über die Einzahlung der Actienrückstände nichts ändert, Folgendes geltend machen:

Man könnte sagen: da die Actien-Commandit-Gesellschaft eine juristische Person nicht bildet, so ist der Concurs der Gesellschaft in der That ein Concurs aller Gesellschafter, obwohl nur ein Partikular-Concurs. Somit erscheinen in der Gant der Commandit-Gesellschaft auf Actien die Commanditisten nicht als debitores cridarii, sondern als Mitconcursmacher. Da nun der Güterpfleger berechtigt ist, das Vermögen des Gantirers, soweit es durch den Concurs ergriffen wird, sofort zur Masse heranzuziehen, so muß er auch zur sofortigen Einforderung der Actienrückstände für legitimirt erachtet werden.

Hiergegen dürfte jedoch Folgendes in Betracht kommen. Allerdings ist der Concurs der Actien-Commandit-Gesellschaft ein Concurs sämmtlicher Gesellschafter; doch ist derselbe, um von der über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter eröffneten Gant abzusehen, — ein Particularconcurs, welcher allein den Gesellschaftsfonds, oder mit a. W. nur das Handelsvermögen aller socii angreift. Sofern aber das Gesellschaftsvermögen aus Forderungen wegen rückständiger Actienbeträge besteht, kommen die Schuldner dieser Rückstände nur als debitores der Gesellschaft in Betracht. Dies ist um so zweifelloser, als bei der Actien-Commandit-Gesellschaft anders, wie bei der Actiengesellschaft bloß der Actienzeichner als solcher (allg. d. H. Art. 184) und nicht der Actiencommanditist in dieser Eigenschaft für den rückständigen Actienbetrag haftet.

---

*) Anm. des Herausgebers: Nach der neuen Fassung des Gesetzes betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften vom 18. Juli 1884: Art. 204 Nr. 5.

Der Actienzeichner als solcher aber macht durch die Gant der Gesellschaft nicht Concurs, er kommt also in jener Gant nur als Schuldner der Gesellschaft in Betracht, dessen rechtliche Lage durch die Insolvenz-Erklärung der Societät nicht verändert zu werden vermag.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so war der Güterpfleger nicht berechtigt, ohne Weiteres, d. h. lediglich auf einen ihm von dem Gantgericht ertheilten Auftrag hin, den ganzen rückständigen Actienbetrag mit 75 Proz. auf einmal einzufordern. Vielmehr war er zur Einklagung der Actienrückstände nur in successiven Raten von 10 bis 15 Proz. des Nominalbetrags der Actien legitimirt; er war ferner zur Einklagung der einzelnen Raten nur berechtigt, wenn deren Einforderung mindestens vier Wochen vorher dem einzelnen Gesellschafter persönlich oder durch recommandirten Brief angekündigt war; während endlich diese Einforderung auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsraths geschehen sein mußte.

Indem aber der Beschluß des Aufsichtsraths nach Maaßgabe der Statuten die Nothwendigkeit weiterer Einzahlungen anerkennen mußte, steht es außer Zweifel, daß bei einem Concurse, dessen Erledigung voraussichtlich eine Reihe von Jahren in Anspruch nehmen wird, die sofortige Einwerfung der genannten rückständigen Actienbeträge mit 75 Proz., wenn auch in successiven Raten von 10—15 Proz. von vier Wochen zu vier Wochen keine nothwendige ist. Vielmehr entspricht es allein der Anordnung der Statuten und der auf Grund derselben durch die Actienzeichner übernommenen Verpflichtung, wenn die successiven Einzahlungen der Actienrückstände nach Bedürfniß eingefordert werden, d. h. so oft solche nöthig sind und für die Berichtigung von Masseschulden, sowie von Forderungen, die in der Gant angemeldet und über deren Liquidität und Priorität durch Zwischenurtheil erkannt ist,

Kgl. Würt. Civilprozeßordnung v. 3/4. 1868 Art. 924

während es im Interesse der Masse steht, daß sie vor der Gesammtdistribution getilgt werden.

Erst in dem Zeitpunkt der Gesammtdistribution erscheint aber die volle Einzahlung der gesammten Actienrückstände als eine nothwendige, vorausgesetzt, daß das gesammte Actiencapital für die Deckung der Gesellschaftsschulden erforderlich sein sollte.

Wenn unser rechtliches Erachten demnach dahin geht, daß der Güterpfleger nicht in der Weise, wie dies geschehen ist, zur Einklagung der gesammten Actienrückstände legitimirt war, indem er hiezu insbesondere eines Beschlusses des Aufsichtsraths bedurfte, so kann von einer eingehenden Erörterung der Frage Umgang genommen werden, wie es sich dann verhielte, wenn der Aufsichtsrath sich weigerte, die nöthigen Einzahlungen auf die rückständigen Actienbeträge zu beschließen, denn es ist weder ein solcher Fall eingetreten, noch auch Grund zur Annahme vorhanden, daß eine derartige Weigerung bei einer entsprechenden Aufforderung des Aufsichtsraths statthaben würde.

Zweifellos würde jedoch eintretenden Falls das Concursgericht den Beschluß des Aufsichtsraths mit der Maßgabe suppliren, daß die Einzahlungen der Actienrückstände nur nach Bedürfniß, sowie in den entsprechenden Raten und Terminen eingefordert würden.

Zu Frage III:

Die Actien-Commanditisten, oder wenigstens Einzelne derselben sind mittelst recommandirten Briefs des Güterpflegers d. d. 28. Mai 1875 ersucht worden, den vollen rückständigen Betrag ihrer Actien mit 75 Proz. einzuzahlen. Demgemäß geht denn auch das Klagesuchen, welches in der unter'm 20. Februar 1876 gegen jene gerichteten Klage gestellt worden ist, auf Einzahlung der vollen Actienrückstände in die Gantmasse sammt Zinsen zu 6 Proz. vom 28. Mai 1875 an.

Dieser Zinsenanspruch ist jedoch nicht begründet. Zwar gilt bei der Commandit-Gesellschaft auf Actien wie bei der einfachen Commandit- und der offenen Handelsgesellschaft der Grundsatz, daß von der nicht rechtzeitig eingezahlten Einlage von Rechtswegen Zinsen von dem Tag an zu entrichten sind,

an welchem jene hätte eingezahlt werden sollen. (Allg. d. H.-Gb. Art. 157 verb. mit Art. 95.) Allein es ist ein solcher Tag, an welchem die Actienrückstände hätten einbezahlt werden sollen, nicht eingetreten. Denn es war hiezu nach Maaßgabe des Art. 10, Abs. 2 der Statuten, dessen Bestimmungen durch den Concurs der Gesellschaft den obigen Erörterungen zufolge nicht außer Anwendung gesetzt worden sind, die Ansetzung eines Zahlungstermins nöthig, nachdem mindestens vier Wochen vorher eine Ankündigung an die Schuldner vorausgegangen, — und zwar eines Zahlungstermins, welcher auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsraths bestimmt war, und der sich auf eine Einzahlung von 10—15 % des Nominalbetrages der Actien bezog, — Voraussetzungen, die hier sämmtlich fehlen.

Zu Frage IV:

Diese Frage ist im Wesentlichen bereits durch die Ausführungen zu II beantwortet worden, und zwar dahin, daß weitere Einzahlungen der Actienrückstände allein auf Beschluß des Aufsichtsraths nach Maaßgabe des Bedürfnisses in successiven Raten von 10—15 % nach einer mindestens vier Wochen vorausgegangenen Ankündigung eingefordert waren.

Hiernach handelt es sich nur noch um den Punkt, ob es nicht dem Güterpfleger oblag, an Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter den Aufsichtsrath zusammenzuberufen, und einen Beschluß wegen weiterer Einzahlungen auf die Actien zu veranlassen.

Wir stehen nicht an, diese Frage zu bejahen. Denn bestimmt auch das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 205: es erfolge die Liquidation der Actiencommanditgesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ein Anderes bestimme, durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter, so gilt diese Anordnung nur von einer Liquidation im engeren Sinne des Worts d. h. von einer Auseinandersetzung, welche außerhalb des Gesellschafts-Concurses geschieht.

Ist dagegen die Gesellschaft durch Ganteröffnung aufgelöst, so tritt an die Stelle der socii die communio creditorum

in ein Verhältniß zum Gesellschaftsfonds, welches analog demjenigen eines exequirendem Gläubigers zum Executionsobjekt ist. Diese Gläubigergemeinschaft wird aber durch den Güterpfleger vertreten, welcher demnach, sofern es sich um die Wahrung der Rechte der Creditoren handelt, an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter tritt.

Zu Frage V.:

Die Bejahung dieser Frage unterliegt unseres Erachtens keinem Zweifel. Sie ergibt sich einmal aus der Stellung des auf Art. 122 verweisenden Art. 169 im Handelsgesetzbuch.

Buch II, Tit II des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs „von der Commandit-Gesellschaft" zerfällt in die zwei Abschnitte: „von der Commandit-Gesellschaft im Allgemeinen" und „von der Commandit-Gesellschaft auf Actien insbesondere." Daraus folgt, daß die in dem ersten Abschnitt enthaltenen Bestimmungen auf die Commanditgesellschaft überhaupt, also nicht bloß auf die einfache, sondern auch auf die Actiencommanditgesellschaft Anwendung finden, sofern diese Anwendung nicht etwa durch Bestimmungen des zweiten Abschnittes ausgeschlossen sein sollte. Art. 169 aber, welcher mittels Verweisung auf Art. 122 anordnet, daß im Falle des Concurses der Gesellschaft die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden, und daß sie aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen können, steht in jenem ersten Abschnitt, und findet demnach auch auf die Actiencommandit-Gesellschaft Anwendung, da solche weder durch eine ausdrückliche Festsetzung im zweiten Abschnitt, noch durch das Wesen dieser Modalität der Commandite ausgeschlossen ist. Die Anwendbarkeit des Art. 169 auf die Actiencommandit-Gesellschaft folgt aber nicht allein aus der Stellung jener Artikel im Gesetzbuch, sondern liegt abgesehen hiervon zweifellos im Sinn des Gesetzes.

Dieser Sinn geht dahin, daß die Haftung der Gesellschafter, welche solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen für die Gesellschaftsschulden eintreten, durch den Concurs der Gesellschaft einen subsidiären Character annimmt, während die Gesellschaftsgläubiger

von den Privatgläubigern der socii aus dem Gesellschaftsfonds befriedigt werden sollen. Der Grundsatz wird zunächst für die offene Handelsgesellschaft (Art. 122) ausgesprochen; wenn aber das Gesetz dessen Anwendbarkeit nachher auf die Commandit-Gesellschaft überhaupt erklärt, so liegen weder innere noch äußere Gründe vor, die betreffende Anordnung auf die einfache Commanditgesellschaft einzuschränken.

Actien-Gesellschaft. — Reichsbankgesetz vom 14. März 1875.

I. Ist zur Gültigkeit des Beschlusses der General-Versammlung einer Bank-Actiengesellschaft, welche die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten zur Zeit des Eintritts der Wirksamkeit des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 hatte und noch besitzt, und durch welchen Beschluß die Dauer der Gesellschaft verlängert worden ist, die Genehmigung des Bundesraths erforderlich?

II. Ist insbesondere eine beschlossene Verlängerung der Dauer der Gesellschaft eine solche Aenderung der Statuten derselben, welche statutarische Bestimmungen in Betreff des Grundcapitals, des Reservefonds, des Geschäftskreises und der Deckung der auszugebenden Noten, oder der Dauer der Befugniß zur Notenausgabe zum Gegenstand hätte? —

III. Ist auch die Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über das Ende des Jahres 1891 zuläßig, obwohl dieselbe seiner Zeit, um hinsichtlich ihrer Noten den Beschränkungen des Reichsbankgesetzes zu entgehen, auf Grund dieses Gesetzes eingewilligt hat, daß ihre Befugniß zur Ausgabe von Banknoten auf Ende des Jahres 1891 durch Beschluß der Landes-Regierung oder des Bundesraths aufgehoben werden könne, ohne daß ihr ein Anspruch auf irgend welche Entschädigung zustände?

Rechtsgutachten.

Die Actiengesellschaft „Bank für Südd." mit dem Sitze in D. trat am 5. November 1855 auf Grund einer unter diesem Datum ergangenen, ihre Statuten bestätigenden landesherrlichen Verordnung in's Leben:

Die Statuten besagen (§. 3):

„Die Dauer der Gesellschaft ist auf 25 Jahre bestimmt, „vom Tage der landesherrlichen Genehmigung an gerechnet. „Die General-Versammlung kann eine Verlängerung der „Dauer auf weitere 25 Jahre beschließen. Zu jeder noch „weiteren Verlängerung ist die Genehmigung der Staats-„Regierung erforderlich."

Von jener Befugniß einer erstmaligen Verlängerung der Actiengesellschaft wurde in einer außerordentlichen General-Versammlung der Actionäre vom 28. August 1875 Gebrauch gemacht, indem diese Versammlung zugleich die Statutenänderung beschloß, welche das inzwischen in Kraft getretene Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 bei dem Umstande, daß die Bank für Süddeutschland auch eine Zettelbank ist, erforderte.

Durch Beschluß der General-Versammlung wurde die Bank auf weitere 25 Jahre, d. i. bis zum 5. Nov. 1905 erstreckt, und nicht blos bis zu Ende 1891, d. h. den Termin, auf welchen ihr auf Grund einer am 1. Januar 1891 vorzunehmenden Kündigung die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten nach Maaßgabe des Reichsbankgesetzes entzogen werden kann. (Gesetz vom 14. März 1875. §. 44, 7 verb. mit §. 41).

Der Prolongationsbeschluß der General-Versammlung wurde, ungeachtet er nach § 3 der Statuten der landesherrlichen Genehmigung nicht bedurfte, doch zur Kenntniß der Regierung gebracht, und in der betreffenden Vorlage Seitens der Gesellschaft ausdrücklich erklärt, daß es dieser Behörde anheimgestellt werde, jenen Beschluß, wenn er auch der bundesräthlichen Bestätigung nicht bedürftig sei, neben den anderweitigen Beschlüssen, zu welchen eine solche Genehmigung erforderlich, dem Bundesrathe zu unterbreiten. Hiernach erfolgte unterm 4. October 1875

Seitens der . . . Regierung die Mittheilung an die Gesellschaft, es verträten die Ausschüsse des Bundesraths die Ansicht, daß der die Verlängerung der Gesellschaftsdauer betreffende Beschluß der General-Versammlung der Cognition des Bundesraths nicht unterliege, und wurde nunmehr dieser Beschluß nebst den inzwischen durch die . . . Regierung und den Bundesrath genehmigten Statuten-Aenderungen zum Handelsregister angemeldet. Nachdem jedoch im Schooße des Aufsichtsraths Zweifel darüber erhoben worden, ob das bei Verlängerung der Actiengesellschaft eingehaltene Verfahren ganz correct sei, sind wir um Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens über diese Frage angegangen worden.

Die rechtliche Beurtheilung.

Es vermag keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Verlängerung der Dauer der Bank für Südd. in der Weise, wie jene geschehen ist, den Gesellschafts-Statuten, diese an und für sich betrachtet, vollkommen entspricht.

Die Bank für Südd. wurde auf die Dauer von 25 Jahren errichtet, welche vom Tage der landesherrlichen Genehmigung d. i. vom 5. Nov. 1855 laufen sollte. Eine Verlängerung dieser Dauer auf weitere 25. Jahre konnte nach Maaßgabe der Statuten § 3 durch die General-Versammlung beschlossen werden, ohne daß die Genehmigung der Regierung, welche nur zu jeder noch weiteren Verlängerung erfordert wurde, hiezu nöthig gewesen wäre.

Die General-Versammlung hat denn auch jene erstmalige Prolongation auf die ihr statutenmäßig gestatteten weiteren 25 Jahre, d. i. bis zum 5. Nov. 1905 beschlossen, während der betreffende Beschluß zum Handelsregister angemeldet worden ist.

Zweifel an der Rechtsgültigkeit und vollen Wirksamkeit der in Frage stehenden Verlängerung der Gesellschaftsdauer können, wenn überhaupt, nur aus dem Umstande entnommen werden, daß die Bank für Südd. sich bei Erlaß des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 im Besitz der Befugniß zur Notenausgabe befand und daß sie sich rechtzeitig den Anforderungen dieses Gesetzes insoweit unterworfen hat, als dies nöthig war, um den

Beschränkungen zu entgehen, von denen sie sonst bezüglich der Hauptzweige ihrer geschäftlichen Wirksamkeit betroffen worden wäre. Bei dieser Sachlage entsteht eine zweifache Frage:

1. Die eine ist die, ob nicht zur Gültigkeit des Beschlusses, durch welchen die Dauer der Gesellschaft verlängert worden ist, die Genehmigung des Bundesraths erforderlich war.

Eine bundesräthliche Genehmigung von Statutenänderungen verlangt das Reichsbankgesetz § 47 mittels folgender Anordnung:

„Jede Abänderung der Bestimmungen des Grundge-
„setzes, Statuts oder Privilegiums einer Bank, welche die
„Befugniß zur Ausgabe von Banknoten bereits erworben
„hat, bedarf so lange der Bank diese Befugniß zusteht, zu
„ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesraths, sofern
„sie das Grundcapital, den Reservefonds, den Geschäftskreis,
„oder die Deckung der auszugebenden Noten, oder die Dauer
„der Befugniß zur Notenausgabe zum Gegenstand hat ...."

Prüft man nun die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall, so handelt es sich hier allerdings um eine Bank, welche die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten bereits erworben hat, und der diese Befugniß noch zusteht. Auch muß zugegeben werden, daß die Verlängerung einer auf bestimmte Zeit errichteten Actien-Gesellschaft eine Statuten-Aenderung bezweckt, wenn auch diese Aenderung in der Vereinsnorm selbst, wie dies in den Statuten der Bank für Südd. § 3 geschehen, als eine mögliche vorgesehen ist, und ein Prolongationsbeschluß eine Tragweite hat, welche über diejenige einer bloßen Statuten-Aenderung hinausgeht.

Renaud, Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. XIII S. 144.

Allein es ist nicht die Gültigkeit einer jeden Aenderung der Statuten einer Bank der in Frage stehenden Art durch das Reichsbankgesetz an die Genehmigung des Bundesraths geknüpft, vielmehr dieses Erforderniß allein für Abänderungen der grundsätzlichen oder statutenmäßigen Bestimmungen, die sich auf gegebene, ge-

setzlich bezeichnete Gegenstände beziehen, aufgestellt. — Zu solchen Gegenständen gehört aber nicht die Verlängerung der Dauer der Gesellschaft. Denn es ist vorerst klar, daß ein Beschluß dieses Inhalts weder das Grundkapital, noch den Reservefonds, noch den Geschäftskreis oder die Deckung der auszugebenden Noten unmittelbar betrifft. Ebensowenig erscheint aber als Gegenstand des Prolongationsbeschlusses die Dauer der Befugniß zur Notenausgabe. Zwar ist es augenscheinlich, daß in Ermangelung der Verlängerung des Bestandes der auf 25 Jahre errichteten Gesellschaft bei Ablauf dieser Zeit zugleich mit dem Actienverein selbst dessen Befugniß zur Notenausgabe erlöschen würde, und daß demnach eine Prolongation der Dauer der Bank für Südd. auf weitere 25 Jahre geeignet ist, die Befugniß dieser Anstalt zur Ausgabe von Noten zu verlängern, ja eine Erstreckung dieses Rechtes insofern zur Folge hat, als es nicht aus anderen Gründen erlöschen sollte. Kann hiernach eine die Verlängerung des Gesellschaftsbestands bezweckende Statuten-Aenderung auf die Dauer der Befugniß der Bank zur Notenausgabe Einfluß äußern, so ist dies eine zwar mögliche Folge, dagegen kein Gegenstand der Abänderung der Bestimmungen des Statuts.

Eine andere Auffassung würde consequent dazu führen, in dem Prolongationsbeschluß eine Statuten-Aenderung zu finden, welche das Grundcapital und den Reservefonds zum Gegenstand hat, da eine Verlängerung der Gesellschaftsdauer auf Grundcapital und Reservefonds insofern einen Einfluß hat, als sie die Liquidation und beziehungweise Vertheilung dieser Vermögensmassen, die mit Ablauf der Zeit, auf welche die Gesellschaft ursprünglich errichtet wurde, stattfinden sollten, hinausschiebt.

Nicht minder hat eine Erstreckung des Bestandes der Gesellschaft insofern auf den Geschäftskreis derselben Einfluß, als sie die Thätigkeit des Actienvereins innerhalb dieses Kreises prolongirt, sowie endlich ein Prolongationsbeschluß die Deckung der auszugebenden Noten insofern berührt, als in Ermangelung einer Verlängerung der Dauer der Gesellschaft deren Befugniß zur Notenausgabe, und somit die Deckung der auszu-

gebenden Noten nach deren ursprünglichen statutenmäßigen Zeit, für welche der Verein errichtet war, aufhören würde. In allen diesen Fällen handelt es sich aber bei einem die Fortsetzung der Bank betreffenden Beschlusse nicht um eine Abänderung der Bestimmungen des Statuts, welche das Grundcapital, den Reservefonds, den Geschäftskreis, die Deckung der auszugebenden Noten, oder die Dauer der Befugniß zur Notenausgabe zum Gegenstand hätte, — wenn auch ein Einfluß des verlängerten Vereinsbestands auf diese verschiedenen Beziehungen außer Zweifel steht.

Folgeweise bedarf ein Beschluß der General-Versammlung, durch den die Dauer einer Bankgesellschaft, welche die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten bereits erworben hat, und noch besitzt, erstreckt wird, nach Wortlaut und Sinn des Reichsbankgesetzes § 47 zu seiner Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrathes nicht. In diesem Sinne haben sich denn auch die Ausschüsse des Bundesraths mit vollem Rechte ausgesprochen.

Insoweit ist demnach die Rechtsgültigkeit des unterm 28. August 1875 von einer außerordentlichen General-Versammlung der Actionäre der Bank für Südd. gefaßten und zum Handelsregister angemeldeten Prolongationsbeschlusses nicht zu beanstanden.

2. Die Rechtsgültigkeit des von der außerordentlichen General-Versammlung der Actionäre der Bank für Südd. unterm 28. August 1875 gefaßten Verlängerungsbeschlusses dürfte jedoch noch nach einer andern Seite zu prüfen sein, nämlich nach derjenigen der Dauer der beschlossenen Prolongation.

Nach Maaßgabe der Vereinsstatuten § 3 ist die Dauer der Gesellschaft bis zum 5. November 1905 erstreckt worden, d. h. auf volle 25 Jahre nach Ablauf der Zeit, für welche die Bank ursprünglich errichtet worden war. Dagegen hat die Bank für Südd. seiner Zeit, um hinsichtlich ihrer Noten den Beschränkungen des Reichsbankgesetzes zu entgehen, auf Grund eben dieses Gesetzes (§ 44 ff.) eingewilligt, daß ihre Befugniß zur Ausgabe von Banknoten auf Ende des Jahres 1891 durch Beschluß der Landesregierung oder des Bundesrathes aufgehoben werden könne, ohne daß ihr ein Anspruch auf irgend welche Entschädigung zustände.

Entsteht sonach die Frage, ob nicht hiermit im Einklange der Verlängerungsbeschluß der General-Versammlung die Dauer der Gesellschaft lediglich bis zu Ende 1891 erstrecken durfte, so ist dieselbe entschieden zu verneinen.

Denn einmal ist der Fortbestand der Gesellschaft mit deren Recht zur Ausgabe von Banknoten umsoweniger für identisch zu erachten, als die Bank für Südd. nach Maaßgabe ihres durch die Statuten § 12 bezeichneten Wirkungskreises keine bloße Zettelbank ist. So würde denn eine Ende 1891 in Kraft tretende Entziehung der Befugniß zur Notenausgabe einfach die Folge haben, daß die Bank aufhörte, Zettelbank zu sein (Reichsbankgesetz § 49, 1). Andrerseits ist es nichts weniger wie ausgemacht, daß den Banken, welche dermalen im Besitz der Befugniß zur Notenausgabe sich finden, und insbesondere der Bank für Südd. Ende 1891 diese Befugniß entzogen sein wird. Denn es bestimmt das Reichsbankgesetz nur (§ 44, 7) es könne eine solche Aufhebung mit einjähriger Kündigungsfrist durch Beschluß der Landesregierung oder des Bundesrathes geschehen, indem es zugleich hinsichtlich der Landesregierung auf eine nach Maaßgabe der Statuten oder Privilegien (Reichsbankgesetz § 49, 5) zu treffende Verfügung verweist, hinsichtlich des Bundesraths dagegen erklärt, es werde Seitens desselben eine Kündigung nur zum Zwecke weiterer einheitlicher Regelung des Notenbankwesens oder wenn eine Notenbank den Anordnungen gegenwärtigen Gesetzes zuwidergehandelt habe, eintreten (Reichsbankgesetz, § 44, 7 Abs. 2).

Es ist aber augenscheinlich, daß die bloße Möglichkeit einer Aufhebung der Befugniß der Bank für Südd. zur Ausgabe von Noten vom Ende 1891 an der General-Versammlung der Actionäre dieser Gesellschaft das statutenmäßige Recht nicht entziehen konnte, die Dauer des Vereins selbst in der Eigenschaft als Zettelbank auf die volle durch die Statuten vorgesehene Zeit zu erstrecken, während durch eine solche Verlängerung selbstverständlich dem reichsgesetzlich vorgesehenen Kündigungsrechte in keiner Weise derogirt ist.

Die durch die außerordentliche General-Versammlung beschlossene und zum Handelsregister angemeldete Verlängerung der Dauer der Bank für Südd. ist demnach, wie sie geschehen, nicht allein den Gesellschaftsstatuten entsprechend, sondern in keinem Widerspruch mit dem Reichsbankgesetz, nach dessen Maaßgabe sie insbesondere einer bundesräthlichen Genehmigung nicht bedurfte.

Actien-Gesellschaft.

I. Ueber die Bedeutung und Bestimmung des in den Vereinsstatuten vorgesehenen Reservefonds.

II. Kann der Reservefonds zu anderen Zwecken, als zu denjenigen verwendet werden, welche ausdrücklich oder stillschweigend durch die Satzungen der Gesellschaft vorgesehen sind?

III. Kann insbesondere die General-Versammlung der Actiengesellschaft, als höchstes Organ derselben im Widerspruch mit den Statuten einen Beschluß durch Majorität dahin fassen, daß eine bestimmte Quote des Reservefonds zur Vertheilung unter die Actionäre ausbezahlt werde?

IV. Oder ist nicht vielmehr die General-Versammlung in den Grenzen ihres Wirkungskreises, in ihrer Competenz an sich beschränkt durch die Satzungen des Vereins, so daß sie weder den Statuten zuwiderlaufende Beschlüsse, noch auch solche fassen kann, welche eine Statuten-Aenderung bezwecken, und zwar weder durch Stimmenmehrheit, noch selbst durch Stimmeneinhelligkeit?

V. Wenn in den Vereinsstatuten der Wirkungskreis der General-Versammlung über dessen natürliche Grenzen hinaus erweitert ist, insbesondere in der Richtung, daß Abänderungen der Statuten oder Zusätze zu denselben in einer General-Versammlung, in welcher eine gewisse Anzahl Actien vertreten sind, beschlossen werden können, muß damit die General-Versammlung auch für befugt

erachtet werden, eine durch die Vereinssatzungen nicht vorgesehene theilweise Heimzahlung des Reservecapitals zu beschließen? Würde sich insbesondere ein solcher Beschluß nicht als ein solcher darstellen, welcher nicht Abänderungen oder Ergänzungen von Vereinsnormen betrifft, sondern als eine Beschlußfassung, welche, für einen einzelnen Fall getroffen, den dermalen für die Gesellschaft geltenden Regeln zuwiderläuft?

VI. Wird durch die einschlagende Badische- und Reichs-Gesetzgebung, insbesondere durch das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 die zu verneinende Statthaftigkeit eines Beschlusses der General-Versammlung in Betreff theilweiser Rückzahlung des Reservefonds begründet?

VII. Wird endlich ein solcher Beschluß dadurch statthaft, daß eine entsprechende Reduction des Grundcapitals in rechtsgültiger Weise von der General-Versammlung beschlossen worden ist?

Rechtsgutachten.

Nach Maaßgabe des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 § 43 dürfen die Noten einer Privatbank, welche sich bei Erlaß dieses Gesetzes im Besitz der Befugniß zur Notenausgabe befindet, außerhalb desjenigen Staates, welcher solche Befugniß ertheilt hat, zu Zahlungen nicht gebraucht werden. Doch soll diese Beschränkung auf diejenigen Banken keine Anwendung finden, welche bis zum 1. Januar 1876 gewisse nähere Voraussetzungen erfüllen (§ 44) und dem Reichskanzler nachweisen, daß ihre Statuten denselben entsprechen (§ 45).

Nachdem nun in Aussicht genommen worden ist, die Bad. Bank in M. unter das Reichsbankgesetz zu stellen, sollen die zu diesem Zweck nöthigen oder als zweckentsprechend erscheinenden Aenderungen der Statuten dieser Actiengesellschaft einer einberufenen außerordentlichen General-Versammlung unterbreitet werden. Insbesondere beabsichtigt der Aufsichtsrath der Bad. Bank jener Versammlung eine Reduction des Grundkapitals

von 18 Millionen um die Hälfte vorzuschlagen, welche durch theilweise Rückzahlung an die Actionäre im Betrage von M. 300 per Actie gegen Abstempelung auf derselben, vor sich gehen soll.

Hierbei ist nun die Frage entstanden, ob nicht mit der hälftigen Rückzahlung des Actiencapitals eine entsprechende Verminderung des Reservefonds in der Art verbunden werden solle, daß zugleich die Hälfte der Reserven an die Actionäre nach Verhältniß ihrer Actien ausbezahlt werde.

Nachdem uns der Aufsichtsrath der Bank unter Mittheilung eines Exemplars der Statuten besagter Actiengesellschaft um ein Rechtsgutachten über die Frage angegangen,

„ob durch Majoritätsbeschluß die Heimzahlung „der Hälfte des Reservecapitals verfügt werden „könne,“

haben wir Folgendes befunden.

Die Statuten der Bad. Bank bestimmen in Ansehung des Reservefonds Folgendes:

„Art. 34: „Von dem nach Art. 33 aus der Jahres„bilanz sich ergebenden Reingewinn wird vorerst den „Actionären eine ordentliche Dividende von 4 Proz. ihres „eingezahlten Actiencapitals berechnet; von dem Mehr„betrag wird sodann:

„1) ein Zehntel zur Bildung eines Reservefonds, vor„behaltlich der Bestimmungen des Art. 35;

„2) ein Zwanzigstel für die im Art. 52, ein Zwanzigstel „für die im Art. 62 vorgesehenen Tantiemen verwendet;

„3) der Rest in folgender Weise vertheilt:

„a. Zunächst wird die ordentliche Dividende der „Actionäre bis zu 5 Proz. ihres eingezahlten „Actiencapitals erhöht,

„b. der alsdann verbleibende Ueberschuß fällt zu „einem Fünftheil an die Staatskasse, und zu „$^4/_5$ als Superdividende an die Actionäre.“

Art. 35: „Die Reserve ist zur Deckung möglicher Verluste „des Actiencapitals bestimmt.“

„Ist solche auf den zehnten Theil des eingezahlten Actien„capitals angewachsen, so hören die jährlichen Zuschüsse auf, so „lange die Reserve nicht wieder durch Verluste geschmälert wird.

„Weist ein Jahresabschluß einen Verlust an dem Actien„capital nach, zu dessen Deckung der Reservefonds nicht hin„reicht, so wird das Defizit vorgetragen, und bis zum völligen „Wiederersatz desselben darf keinerlei Dividende vertheilt werden."

Art. 36: „Ueber den Reservefonds wird besondere Rech„nung geführt, für dessen nutzbare Anlage hat der Aufsichtsrath „zu sorgen." . . . .

„Die Zinsen aus der Capitalanlage des Reservefonds „fließen letzterem so lange ebenfalls zu, bis er die im Art. 35 „bestimmte Höhe erreicht hat."

„Wenn beim Verkauf von Actien zu Gunsten des Bank„fonds ein Mehrerlös über den Nennwerth erzielt wird, so „fällt dieser Mehrerlös, abzüglich aller darauf haftenden Aus„lagen, dem Reservefonds ebenfalls zu, vorbehaltlich der Be„stimmung des Art 35."

Art. 37, Abs. 2: „Nach Maaßgabe des Art. 28 können „Dividenden, welche nicht innerhalb 5 Jahren nach dem Ver„falltag erhoben sind, nicht mehr angesprochen werden; sie ver„fallen dem Reservefonds, und die betreffenden Dividenden sind „werthlos."

Art. 38: „Die Hauptresultate der Jahresbilanz (Art. 33) „und der besonderen Rechnung des Reservefonds (Art. 36) „werden mindestens vier Wochen vor der ordentlichen General„Versammlung (Art. 40) bekannt gemacht."

Der Reservefonds ist ein besonderer Fonds der Actiengesellschaft, welcher aus gegebenen Gewinntheilen gebildet, zur Deckung vorgesehener Ausgaben und Verluste bestimmt ist. Wie nun die Bildung eines solchen Fonds durch die Statuten einer Actiengesellschaft vorgesehen sein kann, nicht aber vorgesehen zu sein braucht, wie ferner eben jene Statuten im erstgenannten Falle sehr verschiedene Bestimmungen in Ansehung des zum Reservecapital zu schlagenden Gewinns enthalten können,

Renaud, Actiengesellschaftsrecht (2. Aufl.) Leipzig 1875, S. 655 ff.,

so sind auch mannigfache Anordnungen der Vereinssatzungen über die Verwendung dieses Fonds möglich. Indem das Reservecapital Reingewinn der Gesellschaft ist, unterliegt z. B. die in einzelnen Statuten vorkommende Bestimmung, wonach die Zinsen dieses Capitals unter die Actionäre vertheilt werden sollen, so wenig einem Bedenken,

Renaud, Actiengesellschaft, S. 191,

wie die anderweitige statutenmäßige Vorschrift, daß, wenn in einem Jahre die Reinerträgnisse der Gesellschaft nicht hinreichen sollten, um daraus die festgesetzten sog. Zinsen auf das einbezahlte Actiencapital oder die ordentliche Dividende zu bezahlen, das an dem Betrag Fehlende aus dem Reservefonds zu ergänzen sei.

Renaud, a. a. O. S. 689,

Immerhin ist die Reserve Seitens der Gesellschaft nur zu den durch die Vereinssatzungen bestimmten Zwecken zu verwenden, in welcher Hinsicht die Statuten der Bad. Bank Art. 35 schlechtweg verordnen:

„Die Reserve ist zur Deckung möglicher Ver-
„luste des Actiencapitals bestimmt.“

Der Beschluß aber einer Verwendung des Reservefonds zu anderen Zwecken als denjenigen, welche ausdrücklich oder stillschweigend durch die Satzungen der Gesellschaft vorgesehen sind, ist ein statutenwidriger. Insbesondere müßte dies nach Maaßgabe der Statuten der Bad. Bank von einem Beschluß der General-Versammlung gelten, durch welchen die Auszahlung eines Theils der Reserve an die Actionäre nach Maaßgabe der ihnen gehörigen Actien verfügt würde.

Ist nun auch die General-Versammlung das höchste Organ der Actien-Gesellschaft, so bleibt doch ihr Wirkungskreis ein beschränkter, indem sie nur auf Grund der bestehenden Statuten rechtsgültige Beschlüsse fassen kann. Sonach ist jene Versammlung an sich so wenig zur Fassung statutenwidriger Beschlüsse, wie zu einer Abänderung der Vereinssatzungen befugt. Sie vermag den Statuten zuwiderlaufende Beschlüsse so wenig, wie solche, welche Statuten-Aenderungen be-

zwecken, durch Stimmenmehrheit, oder selbst durch Stimmeneinhelligkeit zu fassen. Vielmehr ist zu solchem Behufe die Uebereinstimmung aller Actionäre nöthig.

Renaud, Actiengesellschaftsrecht S. 510 ff,

welche schon um deßwillen mit einem einstimmigen Beschlusse der General-Versammlung nicht zusammenfällt, weil in letzterer nicht immer alle Actionäre stimmberechtigt sind. Dies trifft insbesondere rücksichtlich der Bad. Bank zu. Wenn die General-Versammlung hiernach an sich, oder mit anderen Worten grundsätzlich nicht befugt ist, den Statuten zuwiderlaufende Beschlüsse zu fassen, insbesondere eine durch die Vereinssatzungen nicht vorgesehene theilweise Vertheilung des Reserve-Capitals an die Actionäre zu beschließen, so können bekanntermaßen die natürlichen Grenzen der Competenz jenes Organs eine größere oder geringere Erweiterung durch die Gesellschaftsstatuten selbst, oder auch durch die einschlagende Gesetzgebung erhalten haben.

Hiernach liegt uns im Weiteren zunächst eine zweifache Untersuchung ob:

Die eine ist die, ob nicht die Statuten der Bad. Bank den Wirkungskreis der General-Versammlung dahin erweitert haben, daß dieselben innerhalb gewisser Grenzen von der Vereinsregel abweichende Beschlüsse rechtsgültig fassen, insbesondere eine statutenmäßige nicht vorgesehene theilweise Heimzahlung des Reservecapitals beschließen kann.

Die andere Erörterung wird die Frage zum Gegenstand haben, ob die für die Bad. Bank maßgebenden Gesetze die im Zweifel zu verneinende Statthaftigkeit eines Beschlusses theilweiser Heimzahlung begründen. Hieran wird sich zum Schlusse die Prüfung anreihen, ob ein derartiger Beschluß nicht dadurch statthaft wird, daß eine entsprechende Reduction des Grundcapitals in rechtsgültiger Weise beschlossen worden ist.

Was nun zunächst die Statuten der Bad. Bank anbetrifft, so haben dieselben (§ 45) nur in zweifacher Hinsicht den Wirkungskreis der General-Versammlung über dessen natür-

liche Grenzen hinaus erweitert. Das ist einmal insofern geschehen, als jenes Organ unter Beobachtung gewisser Formen und bei Vorhandensein gegebener Bedingungen die Gesellschaft vor Ablauf der statutenmäßig bestimmten Zeit (Art. 3) auflösen kann, und dann mittels der Bestimmung, wonach Abänderungen der Statuten oder Zusätze zu denselben in der General-Versammlung, in welcher wenigstens $1/_3$ der Actien vertreten ist, beschlossen werden können. Die letzte Anordnung allein möchte die Frage veranlassen, ob eine General-Versammlung, welche zu einer Aenderung und Ergänzung der Statuten berechtigt ist, nicht auch für befugt erachtet werden muß, eine durch die Vereinssatzungen nicht vorgesehene theilweise Rückzahlung des Reservecapitals zu beschließen. Indessen dürfte dies mit aller Entschiedenheit zu verneinen sein. Denn einmal unterliegen Abänderungen von den naturgemäßen Grundsätzen über die Competenz des höchsten Vereins-Organs als Anomalieen einer strengen Auslegung,

Renaud, Actiengesellsch. S. 512

andrerseits sind Abänderungen und Ergänzungen der Statuten ihrem ganzen Wesen nach von statutenmäßigen Beschlüssen verschieden. Ein Beschluß, kraft dessen die Normen abgeändert oder ergänzt werden, nach welchem in Zukunft der Actienverein sich richten soll, ist offenbar etwas ganz andrers, als eine Beschlußfassung, welche für einen einzelnen Fall getroffen den dermalen für die Gesellschaft geltenden Regeln zuwiderläuft. Um einen solchen Beschluß aber handelt es sich allein bei der Anordnung einer einmaligen theilweisen Rückzahlung des Reservecapitals, welche dem statutenmäßig ausdrücklich bezeichneten Zwecke desselben widerspricht. Demnach kann von der Befugniß der General-Versammlung, die Statuten zu ändern und zu ergänzen, nicht auf deren Recht geschlossen werden, einer speziellen Vorschrift der Vereinssatzungen entgegen, eine hälftige Vertheilung des Reservefonds zu verfügen, und dadurch Rechte zu verletzen, welche den Actionären nach Maaßgabe des bestehenden Grundgesetzes der Gesellschaft zukommen.

Eine solche Verletzung würde nämlich für den nicht einwilligenden Actionär in der Heimzahlung eines Theiles der Reserven liegen, da durch eine solche das Gesellschafts-Vermögen in einer durch die Vereinsregel nicht vorgesehenen Weise vermindert würde, der Credit der Bank möglicher Weise geschmälert und der Cours der Actien um so mehr gedrückt werden könnte, als eine geringere Reserve die Möglichkeit eines gänzlichen Ausfalls von Dividenden näher legt. (Stat. Art. 35, Abs. 3). —

Indem wir uns nunmehr zur Frage wenden, ob nach Maaßgabe der einschlagenden Gesetze die natürlichen Grenzen der Competenz der General-Versammlung in der Art erweitert sind, daß diese eine durch die Statuten nicht vorgesehene theilweise Rückzahlung des Reserve-Capitals zu beschließen für ermächtigt zu erachten, kommt hier vor Allem das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch in Betracht.

Zwar brauchen wir uns nicht auf die Streitfrage einzulassen, ob dieses Gesetzbuch zu den Gesetzgebungen gehört, welche, wie die neue französische und belgische den Wirkungskreis der General-Versammlung dahin ausgedehnt haben, daß sie derselben Statuten-Aenderungen zu beschließen gestatten.

Renaud, Actienges. S. 516 ff.

Denn sollte man auch dieser Ansicht sein, so würde nach dem vorstehend Ausgeführten hieraus für das uns beschäftigende Verhältniß nichts folgen.

Wohl aber sind es zwei Bestimmungen des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs, die man möglicherweise für die Meinung anziehen könnte, es sei die General-Versammlung befugt, eine durch die Statuten nicht vorgesehene Heimzahlung der Reserve an die Actionäre zu beschließen, und die in dieser Rücksicht geprüft werden müssen.

Es gehört zunächst hierher Art. 224 *)

„Die Rechte, welche den Actionären in den Angelegen-

*) Anmerkung des Herausgebers: Nach Einführung des Gesetzes vom 18. Juli 1884, betr. die Commanditgesellschaft auf Actien und Actiengellschaften: § 221 daselbst.

„heiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf „die .... Bestimmung der Gewinnver- „theilung zustehen, werden von der Gesammtheit der „Actionäre in der General-Versammlung ausgeübt."

Aus dieser vielfach mißverstandenen Erklärung des Gesetzes könnte man nämlich in der Art zu argumentiren versucht sein, daß man sagte, es handle sich beim Reservefonds um einen Gewinn und bei dem Beschluß einer Auszahlung jenes an die Actionäre, um eine Bestimmung der Gewinn-Vertheilung, rücksichtlich deren die Competenz der General-Versammlung anerkannt, und ein Recht der dissentirenden Actionäre, die Ungültigkeitserklärung eines bezüglichen Beschlusses zu verlangen, ausgeschlossen sei. Doch würde eine solche Auslegung dem Sinne, wie den Worten des Gesetzes gleich widersprechen.

Sie würde im Widerspruche mit dem Sinne des Art. 224 stehen. Denn ist hier zwar bestimmt, daß die Rechte, welche den Actionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, von der Gesammtheit der Actionäre in der General-Versammlung ausgeübt werden, so sind zweifellos allein solche Befugnisse gemeint, welche den Mitgliedern des Vereins in Gemäßheit der dermaligen Satzungen der Gesellschaft zukommen, und kann jener Artikel nimmermehr dahin verstanden werden, daß ein Actionär sich in statutenwidrige Verfügungen der General-Versammlung fügen müsse.

Renaud, Actienges. S 519.

Zu dem nämlichen Ergebnisse führen aber auch die Worte des Gesetzes. Indem daselbst von den Rechten der Actionäre in Beziehung auf die Bestimmung der Gewinn-Vertheilung die Rede ist, — Rechten, die in der General-Versammlung ausgeübt werden sollen, bezieht sich die gesetzliche Anordnung nicht auf eine Vertheilung des Reservecapitals, auf welche die Actionäre weder an und für sich, noch insbesondere nach Maaßgabe der Statuten ihrer Gesellschaft einen Anspruch haben.

Wie die Befugniß der General-Versammlung, eine durch die Gesellschaftsregel nicht vorgesehene Verteilung der Reserve unter die Actionäre zu beschließen, aus Art. 224 Allg. D. H.

nicht begründet zu werden vermag, so ist ebensowenig ein derartiges Recht davon abzuleiten, daß nach Art. 248 *) eine theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals auf Beschluß jenes Organs erfolgen kann. Die Argumentation, es müsse die General-Versammlung, sobald sie die Befugniß habe, eine theilweise Rückzahlung des Grundcapitals zu beschließen, um so mehr zur Beschlußfassung hinsichtlich einer theilweisen Vertheilung des Reservefonds berechtigt sein, würde offenbar der Folgerichtigkeit entbehren. Denn hat auch das Allg. D. Handelsgesetzbuch von dem Grundsatz, wonach eine willkürliche Verminderung des Stammcapitals unstatthaft ist, aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsgründen eine Ausnahme in der Art statuirt, daß eine solche Reduction auf Grund eines Beschlusses der General-Versammlung erfolgen kann, so ist die Zulässigkeit dieser Ausnahme an besondere Bedingungen geknüpft, nämlich die Beobachtung derselben Bestimmungen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Vereinsauflösung maßgebend sind. (Art. 243, 245).

Indem nun diese Bedingungen auf den Fall einer theilweisen Auszahlung des Reservefonds unanwendbar sind, schließt schon der Umstand, daß sie das Gesetz schlechtweg erfordert, eine analoge Anwendung der in Art 248 hinsichtlich des Stammcapitals enthaltenen Bestimmungen auf jenen Fonds, bezw. eine Schlußfolgerung der bezeichneten Art aus.

Eine Befugniß der General-Versammlung der B. Bank, die nach Maaßgabe der Vereinssatzungen ausdrücklich nur zur Deckung möglicher Verluste des Actiencapitals bestimmte Reserve theilweise unter die Actionäre zu vertheilen, läßt sich demnach weder aus den Statuten jener Actiengesellschaft noch aus den Bestimmungen des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs über die Competenz des höchsten Vereinsorgans begründen.

Das Nämliche gilt aber auch von dem Großh. Bad.

---

*) Anmerkung des Herausgebers: Jetzt Art. 248 des Gesetzes vom 18. Juli 1884.

Gesetz vom 16. März 1870, die Verleihung der Rechte zur Ausgabe von Banknoten an eine Bad. Bank betr., sowie von der auf Grund dieses Gesetzes durch das Bad. Finanz-Ministerium am 25. März 1870 erlassenen Bekanntmachung und Verordnung, die Errichtung einer Bad. Notenbank betr.

Denn besagt auch die letztgenannte Verordnung:

„Sollten während der Dauer der Gesellschaft die der-
„malen geltenden Vorschriften über Actiengesellschaften,
„Bank- und Münzwesen in Folge von Staatsverträgen
„oder im Wege der Gesetzgebung eine Abänderung erleiden,
„so sind die Statuten und Einrichtungen der B. Bank
„mit den neuen Vorschriften in Einklang zu bringen,"

so ist das Reservekapital keine Einrichtung, die mit den neuen Vorschriften, insbesondere dem Reichsbankgesetz vom 14. März 1875, durch eine theilweise Vertheilung desselben in Einklang zu bringen wäre, wie denn das letztgenannte Gesetz, obwohl es in § 44 einzelne auf die Reserven der Privatnotenbanken bezügliche Bestimmungen enthält, nirgends eine Reduction der vorhandenen Reservecapitalien vorschreibt oder gestattet.

Zwar bestimmt das Reichsbankgesetz in Ansehung der Privatnotenbanken § 47:

„Jede Abänderung der Bestimmungen des Grundgesetzes,
„Statuts, oder Privilegiums einer Bank, welche die Be-
„fugniß zur Ausgabe von Banknoten bereits erworben
„hat, bedarf, solange der Bank diese Befugniß zusteht,
„zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesraths,
„sofern sie das Grundcapital, den Reservefonds, den
„Geschäftskreis oder die Deckung der auszugebenden Noten,
„oder die Dauer der Befugniß zur Notenausgabe zum
„Gegenstand hat . . ."

Allein es handelt sich in dieser Anordnung lediglich um eine Aenderung des Statuts, welche den Reservefonds zum Gegenstand hat, und nicht um den Beschluß einer einmaligen theilweisen Vertheilung dieses Capitals, welcher unter der Herrschaft der jetzigen Vereinssatzungen gefaßt wird. Andrer-

seits spricht sich das Reichsgesetz in keiner Weise über die Art aus, wie eine Statuten-Aenderung beschlossen werden kann.

Fassen wir das Ergebniß dieser Erörterungen zusammen, so ist nach der ausdrücklichen Erklärung der Statuten der Bad. Bank die Reserve lediglich zur Deckung möglicher Verluste des Actienkapitals bestimmt. Ein Beschluß der General-Versammlung, wonach ein Theil jenes Fonds unter die Actionäre vertheilt werden soll, wäre demnach in directem Widerspruch mit gedachter statutenmäßiger Bestimmung. Auch findet sich in dem gedachten Vereinsgrundgesetze keinerlei sonstige Anordnung, aus welcher direct oder indirect die Competenz der General-Versammlung zu einem derartigen Beschlusse sich ergäbe.

Eine Ausdehnung der natürlichen Gränzen des Wirkungskreises der General-Versammlung, gemäß welcher sie nur auf Grund der bestehenden Gesellschaftsregeln rechtsgültig beschließen kann, in der Richtung, daß jenes Organ einen Beschluß der in Frage stehenden Art fassen könnte, ist aber ebensowenig in den Gesetzen zu finden, denen die B. Bank zur Zeit untersteht, weder im Allg. D. H. noch in dem Bad. Gesetz vom 16. März 1870, und in der Verordnung des Bad. Finanz-Ministeriums vom 25. März 1870; eine solche ist endlich auch nicht in dem Reichsbankgesetz begründet.

Dagegen dürfte zum Schlusse noch folgendes Verhältniß zu erwägen sein, mittelst dessen man eine Modification der im Obigen entwickelten Grundsätze in Anwendung auf den uns vorgelegten Fall zu behaupten geneigt sein möchte: Der Aufsichtsrath der Bad. Bank beabsichtigt eine Reduction des Stammcapitals der Gesellschaft um die Hälfte einer einberufenen außerordentlichen General-Versammlung vorzuschlagen. Für den Fall nun, daß dieser Vorschlag angenommen werden sollte, entsteht die Frage: ob nicht unter einer solchen Voraussetzung durch jenes Organ die Vertheilung der Hälfte des Reservefonds rechtsgültig beschlossen werden könnte.

Hierfür möchte man sich darauf berufen, daß es der Natur der Sache entspreche, wenn das Reservecapital in einem gegebenen Verhältniß zum Stammcapital stehe, in dem Verhältniß, welches

die Vereinssatzungen vorgesehen. In dieser Hinsicht bestimmten die Statuten der Bad. Bank (Art. 35), daß falls die Reserve auf den zehnten Theil des eingezahlten Actiencapitals angewachsen, die jährlichen Zuschüsse so lange aufhörten, als jene nicht durch Verluste wieder geschmälert sei; daß ferner die Zinsen aus der Capitalanlage des Reservefonds Letzterem nur so lange zuflössen als er besagte Höhe nicht erreicht habe, und daß das Nämliche endlich in Ansehung des Mehrerlöses über den Nennwerth gelte, welcher beim Verkauf von Actien zu Gunsten des Bankfonds erzielt werde. (Art. 36.)

Indessen dürfte hieraus für die Statthaftigkeit eines Beschlusses der Vertheilung einer Quote des Reservefonds, welche derjenigen entspricht, um welche die Reduktion des Grundcapitals beschlossen worden ist, nichts zu entnehmen sein. —

Wenn nämlich die Statuten der B. Bank die regelmäßigen Zuflüsse zum Reservefonds mit dem Zeitpunkt aufhören lassen, mit welchem dieser den zehnten Theil des eingezahlten Actiencapitals erreicht hat, und eine Reserve von dieser Höhe bei eingetretener hälftiger Reduction des Stammkapitals dem fünften Theile desselben gleichkommt, so haben die Vereinssatzungen nirgends bestimmt, daß das Reservecapital über ein gewisses Maaß nicht anwachsen, überhaupt einen gegebenen Betrag nicht übersteigen dürfe. Ja es ist durch die Statuten der B. Bank selber die Möglichkeit vorgesehen, daß die Reserven den 10. Theil des eingezahlten ursprünglichen Actiencapitals überschreiten. Denn es sollen jenen Satzungen zufolge die verjährten Dividenden dem Reservefonds zufallen, ohne daß in dieser Hinsicht eine Beschränkung aufgestellt wäre, also selbst dann jenes Capital vermehren, wenn es die Höhe von $^1/_{10}$ des eingezahlten dermaligen Grundcapitals erreicht hat. Auch kann, hiervon abgesehen, der Reservefonds ohne alle Zuflüsse das gedachte Maaß in Folge davon übersteigen, daß die Werthe, aus welchen die Reserve besteht, wie z. B. Werthpapiere im Course und beziehungsweise Preise sich gehoben haben.

Mag es demnach der Natur der Sache entsprechen, daß das Reservecapital in einem gegebenen Verhältniß zum Grund-

capital stehe, — mag es als angemessen erscheinen, daß bei einer Verminderung des Stammcapitals die Reserve in demselben Maaße reducirt werde, so ist dies doch keine rechtliche Nothwendigkeit, kein durch Gesetz oder durch das Statut der B. Bank aufgestelltes Gebot. Sonach vermag ein rechtsgültiger Beschluß der General-Versammlung, kraft dessen das Grundcapital der Gesellschaft zur Hälfte an die Actionäre zurückbezahlt, und beziehungsweise die statutenmäßige Bestimmung der Höhe dieses Capitals abgeändert werden soll, die an sich nicht vorhandene Competenz jenes Organs, die hälftige Heimzahlung des Reservefonds zu beschließen, nicht zu begründen.

Dies kann um so weniger einem Zweifel unterliegen, als auch bei reducirtem Grundcapital ein Interesse der einzelnen Actionäre vorliegt, oder vorliegen kann, einer willkürlichen Verminderung der Reserve entgegenzustehen. Insbesondere wird der durch Art. 35, Abs. 3 der Statuten der B. Bank vorgesehene Fall, daß der Reservefonds zur Deckung eines Verlustes am Actiencapital nicht ausreicht, und bis zur völligen Wiederergänzung des letzteren keinerlei Dividende vertheilt werden darf, seltener eintreten, wenn eine Reserve von höherem Betrag da ist, wenn diese also z. B. dem fünften statt dem zehnten Theil des Actiencapitals gleichkommt.

Aus diesen Gründen geht unser rechtliches Erachten in Ansehung der vorgelegten Frage:

„ob durch Majoritätsbeschluß die Heimzahlung der Hälfte des
„Reservecapitals an die Actionäre verfügt werden kann,“

dahin, daß dieselbe zu verneinen ist.

Actien-Gesellschaft.

Bietet das Domizil der Actien-Gesellschaft ein so wesentliches Moment derselben, daß dasselbe ebenso wie der Gegenstand der Gesellschaft nur mit Stimmeneinheit modificirt werden kann?

Rechtsgutachten.

Jede Actiengesellschaft muß ein Domizil, einen Sitz haben, welcher durch die Vereinsstatuten bestimmt (Allg. D. H. Art. 209 Nr. 1)*) und nach Eintragung dieser in das Handelsregister in dem Statuten-Auszug bezeichnet sein muß, welcher durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen ist (Allg. D. H. Art. 210 Nr. 2)**)

Indem also die Festsetzung des Domizils der Actiengesellschaft eine der Bestimmungen bildet, welche nach Maßgabe des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs die Statuten enthalten müssen, kann eine Aenderung dieses Sitzes nur auf dem Wege der Statutenänderung geschehen, also nur mittels eines Beschlusses, dessen formelle Gültigkeit durch notarielle oder gerichtliche Beurkundung, und dessen rechtliche Wirksamkeit durch Eintrag in das Handelsregister bedingt ist, und zwar bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft zur Zeit der betreffenden Statuten-Aenderung ihren Sitz hat.

Ist es nun an sich bestritten, ob Statuten-Aenderungen durch die General-Versammlung beschlossen oder nur mit Einwilligung aller Actionäre vorgenommen werden können, so steht doch die Competenz der General-Versammlung zu Abänderungen der Vereinsregel dann außer Zweifel, wenn in dieser Hinsicht die Zuständigkeit des höchsten Vereinsorgans durch die Satzungen der Gesellschaft ausdrücklich anerkannt worden ist. Eine solche Aenderung findet sich denn auch in einer Mehrzahl von Statuten, obwohl mit der Maaßgabe, daß dieselben zu Abänderungen der Vereinssatzungen eine größere Stimmenmehrheit

---

*) Anmerkung des Herausgebers: Nach dem Gesetz vom 18. Juli 1884: gleichfalls § 209 Nr. 1.

**) Anmerkung des Herausgebers: Für die unter der Herrschaft des cit. Gesetzes vom 18. Juli 1884 neu entstehenden Gesellschaften ist nach Inhalt des Art. 210 c. zwar eine erweiterte Veröffentlichung in Betreff des eingetragenen Gesellschaftsvertrags vorgeschrieben, dagegen die Veröffentlichung des Domizils (Sitzes) nicht obligatorisch.

erfordern und die Beschlußfähigkeit der General-Versammlung an besondere Bedingungen knüpfen.

Renaud Actienges. (2. Aufl.) S. 511 a. E. ff.

Dahin gehören die Statuten der Bank f. H. u. Ind., welche bestimmen:

„Abänderungen der Statuten . . . können . . . nur mit „einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen in einer „General-Versammlung, in welcher wenigstens die Hälfte „der Namen-Actien vertreten ist, beschlossen werden."

und im Weiteren die Beschlußfassung über eine Modifizirung der Vereinssatzungen für den Fall erleichtern, daß in der zu solchem Zweck zuerst berufenen General-Versammlung ein bezüglicher Beschluß um deßwillen nicht zu Stande gekommen sein sollte, weil die erforderliche Zahl von Namen-Actien daselbst nicht vertreten war.

Wenn nun Statuten, wie dies diejenigen der Bank für H. u. Ind. thun, Abänderungen der Vereinsregel allgemein und ohne Beifügung von Ausnahmen durch die General-Versammlung gestatten, so ist dieses höchste Organ der Actiengesellschaft zu *jedweder Statuten-Aenderung* für befugt zu erachten.

Doch statuirt das allg. deutsche Handelsgesetzbuch hier insofern eine Ausnahme, als es in Art. 215 Abs. 1 bestimmt:

„Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung „der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrag „*ausdrücklich* gestattet ist.

Der Sinn dieser Bestimmung ist zweifellos. Die General-Versammlung ist dadurch allein, daß ihre Competenz zur Abänderung der Vereinssatzungen durch die Statuten anerkannt ist, nicht berechtigt, eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft zu beschließen. Zu diesem Zwecke ist eine solche Befugniß des höchsten Vereinsorgans ausdrücklich anerkennende Erklärung der Statuten nöthig, in deren Ermangelung der Gegenstand des Vereinsunternehmens nur mit Einwilligung aller Actionäre abgeändert werden kann.

Es kann aber dasjenige, was das Gesetz in Beziehung auf eine Aenderung des Gegenstands des Vereinsunternehmens bestimmt, an sich nicht auf anderweitige Modifikationen der Vereinsregel angewendet werden. Dies steht außer Zweifel, wenn die anderweitigen Bestimmungen der Statuten, um deren Modificirung es sich handelt, nicht von eben so großer Tragweite, wie diejenige einer Abänderung des Unternehmens der Gesellschaft ist.

Die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft kann aber ihrer Bedeutung nach, wenn man von dem hier nicht einschlagenden Falle absieht, daß statutenmäßig der Betrieb einer Gesellschaft auf den Ort ihres Sitzes beschränkt ist,

Renaud, Actienges. (2. Aufl.) S. 643

keinenfalls mit einer Aenderung des Gesellschaftsunternehmens auf eine Linie gestellt werden. Daß es sich hier nämlich um ein wesentliches dort um ein außerwesentliches Moment handelt, ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß man sich der Natur der Sache nach bei einem Actienunternehmen mit Rücksicht auf dessen Gegenstand, nicht aber mit Rücksicht auf den Ort betheiligt, woselbst der Verein seinen Sitz haben soll. Auch tritt die verschiedene Bedeutung des Gegenstandes der Unternehmung und des Domicils der Gesellschaft darin hervor, daß ein Actienverein ungeachtet des Eintrags im Handelsregister nicht zu Recht bestände, wenn dessen Statuten den Gegenstand des Gesellschaftsunternehmens nicht bestimmten, während ein Mangel an statutenmäßiger Festsetzung des Domicils den rechtlichen Bestand der eingetragenen Gesellschaft keinenfalls behindern würde, indem vielmehr der Sitz des Vereins da anzunehmen wäre, wo sich der Mittelpunkt der Geschäftsführung befindet.

Renaud, Actiengesellschaft (2. Aufl.) S. 327—329.

Wenn dem Allg. D. H. Art. 215 Abs. 1 zufolge die Erklärung der Statuten, es sei die General-Versammlung zu einer Abänderung der Vereinsregel berechtigt, jenes Organ zu einer Abänderung des Gegenstands des Gesellschafts-Unternehmens ohne eine ausdrückliche deßfallsige Anordnung nicht ermächtigt, so liegt der Grund dieser Bestimmung darin, daß es sich bei

einer Abänderung des Gesellschaftsunternehmens nicht nur um eine bloße Statuten-Aenderung, sondern um die Brechung erworbener Rechte der Actionäre handelt. Wer sich mit einem Actienbetrag bei einem Bankgeschäft betheiligen will, will mit jenem Betrag nicht an einem Bergwerksbetrieb Theil nehmen. Der Actionär hat ein Recht auf den Betrieb, zu welchem die Gesellschaft sich gebildet, deren Mitglied er geworden ist, und wie er sich einen Aufschub des beabsichtigten Unternehmens oder ein Aufgeben desselben durch eine freiwillige Auflösung des Vereins nicht gefallen zu lassen braucht,

Renaud, Actienges. (2. Aufl.) S. 510,

so wird nicht weniger sein erworbenes Recht durch eine ohne seine Einwilligung vorgenommene Aenderung des Gesellschafts-Unternehmens gebrochen, — wenn er nicht einer Gesellschaft beigetreten ist, deren Statuten ausdrücklich die Competenz der General-Versammlung zu einem solchen Beschluß anerkennen.

Anders verhält es sich dagegen mit der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft. Denn es handelt sich hier lediglich um eine Statuten-Aenderung. Von einem erworbenen Recht der einzelnen Actionäre, welches durch eine Aenderung des Domicils der Gesellschaft verletzt würde, kann nicht die Rede sein, vorerst um deßwillen nicht, weil eine Verlegung des Sitzes einer von derjenigen der Vereinsmitglieder verschiedenen Persönlichkeit, nämlich des Actienvereins, in Frage steht. Sollten aber auch die abzuändernden Statuten, wie dies hinsichtlich derjenigen der Bank f. H. u. Ind. der Fall ist, eine Bestimmung des Inhalts enthalten:

„Alle Actionäre haben als solche Domicil am Sitze des „Vereins;“

so würde dies hier ohne Erheblichkeit sein. Denn auch unter einer solchen Voraussetzung gibt es kein erworbenes Recht der Actionäre an dem bisherigen Gesellschaftsdomicil, wie es überhaupt kein Recht auf ein Domicil gibt, sondern nur rechtliche Folgen aus dem Bestande eines solchen, welche mit dessen Verlegung aufhören.

Hiernach erscheint es denn als zweifellos, daß wenn die Statuten eines Actienvereins die General-Versammlung zu Abänderungen der Vereinssatzungen ermächtigen, dieses Organ berechtigt ist, das Domicil der Gesellschaft zu verlegen.

In diesem Sinne geht unser rechtliches Erachten auf die vorgelegte Frage dahin:

„Das Domicil der Gesellschaft bildet kein „so wesentliches Moment derselben, daß es „ebenso wie der Gegenstand der Gesellschaft „nur mit Stimmeneinheit modificirt werden „kann.“*)

Actiengesellschaft.

Rechtsgutachten

über die Frage, ob es statthaft ist, die Bauzinsen auf die Actieneinzahlung während der Dauer des Baus eines von einer Actiengesellschaft betriebenen Eisenbahnunternehmens gutzurechnen?

Bei Gelegenheit des Baus der Gotthardbahn wollte sich die Direction der Gotthardbahn-Gesellschaft, welche ihren Sitz in

---

*) Anm. des Herausgebers: Durch die Bestimmungen des neuen Actiengesetzes vom 18. Juli 1884 ist freilich die Streitfrage, ob Statuten-Aenderungen durch die General-Versammlung beschlossen werden können, oder nicht, auch wenn die Vereinssatzungen nichts darüber bestimmen, gelöst. Der Art. 215 der neuen Fassung bestimmt nämlich:
„Die Abänderung des Inhalts des Gesellschafts-Vertrages kann „nicht anders, als durch Beschluß der General-Versammlung erfolgen.
„Sofern der Gesellschaftsvertrag für eine Abänderung derjenigen „Bestimmung, welche den Gegenstand der Beschlußfassung bildet, „nicht andre Erfordernisse aufstellt, erfolgt der Beschluß durch eine „Mehrheit von drei Viertheilen des in der General-Versammlung „vertretenen Grundcapitals.

Luzern hatte, das Recht vorbehalten, bei der nach Rekonstruction des Unternehmens sofort zu bewirkenden Forderung der Resteinzahlung auf die Actien nach ihrer Convenienz den Actionären sofort die sämmtlichen Bauzinsen zu 6 % für die Dauer des Baus gutzurechnen, sodaß dieselben statt 200 frcs. nur noch 96 frcs. zu zahlen haben würden. Es entsteht die Frage, ob solche Gutrechnung der Bauzinsen auf die Actieneinzahlung statthaft erscheint.

Rechtliche Beurtheilung.

Im gegebenen Falle ist die Luzerner Gesetzgebung als das Gesetz des Sitzes der Gesellschaft hier maßgebend.

Allein es enthält weder das Luzerner Gesetzbuch, noch das Luzerner Gesetz über Actiengesellschaften vom 3. März 1857 noch die Vollziehungsverordnung zu diesem Gesetz vom 11. Mai 1857 hier einschlagende Bestimmungen.

Demnach ist man bezüglich der Bauzinsen durchaus an allgemeine Grundsätze gewiesen.

Bauzinsen sind eine Anomalie; denn sie sind feste Raten, welche den Actionären nach Verhältniß der Größe ihrer Baareinlagen für eine statutenmäßig bestimmte Zeit ohne Rücksicht auf einen von der Actiengesellschaft gemachten Gewinn zu bezahlen sind. Sie sind Rückzahlungen auf das einbezahlte Actiencapital. Folgeweise sind Bauzinsen überall unzulässig, wo es an einem Rechtssatze fehlt, welcher deren Statthaftigkeit anerkennt und solche, wo sie

---

„Für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens „muß diese Mehrheit erreicht sein. Der Gesellschaftsvertrag kann „außer denselben noch andere Erfordernisse aufstellen."

Obwohl hiernach die oben begutachtete Frage sich nach der neuen Fassung des Actiengesetzes wesentlich anders gestalten, insbesondere auch der Art. 215 der alten Fassung nicht mehr zur Anwendung zu bringen sein wird, erachtete der Herausgeber mit Rücksicht auf die Ausführungen im Gutachten über die Bedeutung der Vorschriften in Betreff des Sitzes und des Gegenstandes der Unternehmung des Actienvereins die Aufnahme des Rechtsgutachtens als gerechtfertigt.

durch die einschlagende Gesetzgebung gestattet sind, nur insoweit zulässig, als sie durch die Statuten zugesichert worden sind.

Renaud, Actiengesellsch. (2. Aufl.) S. 692 ff.

Da die Luzerner Gesetzgebung die Zulässigkeit von Bauzinsen nicht anerkennt, so können strenggenommen solche bei der Gotthardbahn-Gesellschaft für unzulässig erachtet werden. Jedenfalls können Bauzinsen nur in der Art und nur insoweit bezahlt werden, als dies durch die Statuten der Gotthardbahn-Gesellschaft vorgesehen ist

In dieser Hinsicht bestimmen aber die Statuten Art. 17:

„Bis zur Eröffnung des großen Gotthard-Tunnels wird „den Actionären für das jeweils von ihnen ein-„bezahlte Capital ein fester zu 6% berechneter Zins „in halbjährigen Raten vergütet.“

Hieraus ergibt sich die zweifellose Unstatthaftigkeit einer Gutrechnung der Bauzinsen auf die Actieneinzahlungen. Eine solche wäre im Widerspruche einmal mit der ausdrücklichen Erklärung der Statuten.

Sie wäre alsdann im Widerspruch mit dem Wesen der Bauzinsen, welche, wenn überhaupt, nur um deßwillen gestattet sind, damit der Actionär von seinem einbezahlten Gelde nicht jeder Rente entbehre.

Die Bauzinsen, welche auf die nicht einbezahlten Actienbeträge angerechnet werden, sind rechtswidrige Tilgungen der rückständigen Actienbeträge aus dem Capital der Gesellschaft. Es liegt hier meines Erachtens ein fraudulöses Manövre vor, da, wenn die Actienzeichner vor Ablauf der Bauzeit ihre Zahlungen einstellen, die Gesellschaftsgläubiger als Executionsgegenstand nicht das statutenmäßige Grundkapital, sondern ein durch die Willkür der Gesellschaftsorgane gemindertes Baukapital vorfinden

---

Actiengesellschaft.

I. Ist der Vorstand einer Actiengesellschaft gesetzlich befugt, für persönliche Rechnung Handelsgeschäfte zu

machen, selbst in der Branche der Gesellschaft (Art. 52, 56, 96, 97, 227 des Allgem. d. H.)?

II. Ist der Satz haltbar: „daß alle vom Vorstande einer Actiengesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte, zumal solche, welche auf deren Geschäftsbetrieb Bezug haben, in analoger Anwendung des Art. 52 des Allg. D. H. als für die von ihm vertretene Gesellschaft abgeschlossen angesehen werden müssen, und daß das Gegentheil nur in dem Falle angenommen werden kann, in welchem dem Mitcontrahenten ausdrücklich gesagt worden, daß das Geschäft für persönliche Rechnung des Vorstandes abgeschlossen werde?“ (Allg. D. H. Art. 230).

III. Ist eine auf den Vor- und Zunamen mit nachfolgendem Titel des aus einer Person bestehenden Vorstands, Generaldirektors einer Actiengesellschaft (hier noch mit zwischenliegendem „Esquire“) lautende Urkunde nicht primo loco als den Generaldirektor persönlich betreffend anzusehen, und nur in dem Falle als die Gesellschaft angehend, wenn dies aus den begleitenden Umständen deutlich erhellt?

IV. Wie ist es, wenn im Falle des Art. 230 des Allg. D. H. der Wille der beiden Contrahenten, — wie sich ex post herausgestellt, — ein verschiedener gewesen?

V. Der Vorstand hat ein Geschäft abgeschlossen, seiner Meinung und Behauptung nach für persönliche Rechnung, und hat deßhalb von demselben in den Büchern und Registern der Gesellschaft nichts vermerkt. Zum Abschlusse desselben für Rechnung der Gesellschaft hielt er sich rechtlich und sachlich nicht befugt; jedenfalls hätte er dazu der nachträglichen Genehmigung des Aufsichtsraths bedurft. Ex post wird urtheilsmäßig angenommen, daß der Vorstand dennoch das Geschäft für die Gesellschaft abzuschließen beabsichtigt und abgeschlossen habe, und wird deßhalb der erzielte Gewinn Seitens der Gesellschaft für sich reklamirt. Der Auf-

sichtsrath war aber gleich nach dem Abschlusse des Geschäfts und zu einer Zeit, zu welcher dasselbe einen Gewinn noch nicht ergeben, durch den Vorstand unter Verschweigung des geschehenen Geschäftsabschlusses, jedoch unter Hervorhebung der bestehenden Aussicht auf Gewinn, befragt worden, ob er den Abschluß solcher Geschäfte für die Gesellschaft für zweckmäßig erachte. Wurde durch die zweimalige ausdrückliche Verneinung dieser Frage der Vorstand nicht berechtigt ja verpflichtet, das Geschäft auf sich persönlich zu nehmen und für seine eigene Rechnung zu realisiren? Und kann später der erzielte Gewinn von ihm Seitens der Gesellschaft mit Recht reclamirt werden?

VI. Der ursprüngliche Verkäufer glaubt das Geschäft mit der Gesellschaft und nicht mit dem Vorstande für dessen persönliche Rechnung abgeschlossen zu haben. Der Repräsentant des ersteren vermittelt die Uebertragung des Kaufgeschäfts, Cession der actio emti, an einen Dritten, also auch für Rechnung der Gesellschaft. Der Vorstand der Gesellschaft verweigert indessen die erforderliche Bestätigung, indem er angiebt, das Geschäft für persönliche Rechnung abgeschlossen zu haben. Der Käufer weigert auf der andern Seite, mit dem Vorstande an Stelle der Gesellschaft zu contrahiren. Der Vertreter des Verkäufers vermittelt deßhalb, daß der letztere direct an den Dritten zu dem zwischen dem letzteren und der Gesellschaft vereinbarten höheren Preise liefert, diesen höheren Preis von dem Dritten empfängt und davon die Differenz, den Gewinn, durch ihn bezw. durch seinen Vertreter als diesem persönlich zukommend vergütet. Wer war civilrechtlicher Eigenthümer des Gewinns?

VII. Der von A. auf B. zu Gunsten von C. (der Name des Vorstandes, Generaldirektor einer Aktiengesellschaft ohne jeden Zusatz, W. B. zu M.) ausgestellte Wechsel (Tratte) stellt die Cession des im Wechsel ausgedrückten

Betrags, welchen A. von B. zu fordern hat, an C. dar. Ist der letztere dadurch, sobald er im Besitze der Tratte sich befindet, der persönliche Forderungsberechtigte, und verfügt der letztere durch Weiterbegebung des Wechsels über diese Forderung nicht nur als über sein persönliches Eigenthum?

Und: C. trassirte auf A., welcher den Wechsel acceptirte und demnächst durch seinen Vertreter dem Aussteller C. als diesem persönlich zukommend zurückgab. War nicht in Folge dessen die Wechselforderung sofort, als der Wechsel wieder in den Besitz von C. gelangte, persönlicher Anspruch des letzteren und verfügte C. durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht lediglich über sein persönliches Recht?

Die Empfangnahme und Weiterbegebung eines auf mich persönlich lautenden Wechsels involvirt somit weder eine widerrechtliche noch die Aneignung einer fremden, noch diejenige einer körperlichen Sache, (denn das Wechseldocument ist lediglich der Titel der übertragenen Forderung, — meuble incorporel — créance mobilière, Art. 2075 Cod. civ., Art. 309 H. G. B. u. s. w.)?

VIII. Findet die Bestimmung in Art. 125 N. 4 des Allg. D. H. den Mißbrauch der Firma betreffend, nicht analoge Anwendung auf den Vorstand einer Actiengesellschaft, und sind demgemäß nicht auch bei diesem die Folgen eines solchen Mißbrauchs lediglich civilrechtlicher Natur?

XI. Der Vorstand, und wenn derselbe nur aus Einem Mitgliede besteht, der Vorsteher, Generaldirektor einer Actiengesellschaft, ist weder Mandatar der Actiengesellschaft, noch der Gesammtheit der Actionäre, insbesondere aber in Bezug auf einzelne Handlungen, Rechtsgeschäfte dann nicht, wenn dieselben nach Maßgabe eines Engagementsvertrags oder seiner Dienstinstruktion außerhalb seines Berufs, und wenn sie außerhalb des statutenmäßigen Geschäftszweiges der

Gesellschaft liegen oder gar gegen ausdrückliche Verträge oder Gesetzesvorschriften verstoßen?

X. Welchen Zweck und welche Bedeutung hat die Angabe des Gegenstandes des Actienunternehmens im Statut der Actiengesellschaft?

a. Im Verhältnisse der letzteren zu Dritten, Mitkontrahenten?

b. Im Verhältniß der Aktiengesellschaft zu ihrem Vorstande?

Darf der Letztere außerhalb des Geschäftskreises der Aktiengesellschaft liegende Rechtsgeschäfte abschließen?

Sind insbesondere nach § 4 der Statuten des M. Hütten-Actien-Vereins, welcher lautet:

„Der Gegenstand des Unternehmens der Gesell-
„schaft ist die Verarbeitung von Eisen und anderen
„Metallen zu allen vorkommenden Qualitäten, Sorten
„und Profilen gewalzten, gehämmerten und gegossenen
„Eisens, die weitere Verarbeitung dieser Fabrikate
„in allen möglichen Formen und Zusammensetzungen,
„sowie die Verwerthung aller dieser Producte. Die
„Gesellschaft kann auch Bergwerke und sonstige me-
„tallurgische, sowie überhaupt alle Anlagen erwerben,
„pachten oder selbst errichten, welche zur Erreichung
„vorbezeichneter Zwecke erforderlich oder nützlich
„sind,“

Ankäufe von Eisen nur zum Zwecke des Verkaufs, also reine Speculationsgeschäfte, als in den Geschäftskreis der Actiengesellschaft fallend anzusehen?

Rechtsgutachten

in Sachen des Herrn W. B., früheren General-Direktors des Hütten-Actienvereins, jetzt Kaufmann in M.

Zu Frage I.

Das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch hat in einer Reihe von Beziehungen Concurrenzverbote von verschiedenem Umfange und verschiedener Tragweite aufgestellt.

Es untersagt dem Procuristen so wie dem Disponenten ohne Procura, Handelsgeschäfte jedwelcher Art für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten ohne Einwilligung des Prinzipals zu machen (Art. 56) und stellt das nämliche Verbot in Ansehung des Handlungsgehülfen auf (Art. 59)

Es verbietet ferner dem offenen Gesellschafter ohne Genehmigung der Mitgesellschafter für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen, oder an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als offener Gesellschafter Theil zu nehmen (Allg. d. H. Art. 96).

Das nämliche Verbot findet bei der einfachen wie bei der Actien-Commanditgesellschaft auf die persönlich haftenden Gesellschafter Anwendung (Art. 157, 159 verb. mit Art. 96).*)

Dagegen enthält das **Allg. d. H.** keinerlei Beschränkung solcher Art hinsichtlich des Vorstandes einer Actiengesellschaft. Auch gestatten die angeführten Verbote hier keine analoge Anwendung.**)

Denn einmal ist das Verhältniß des Vorstandes zum Actienvereine, deren Executivbehörde er bildet, (S. unter Nr. IX.) ganz anderer Art, wie dasjenige des Procuristen oder Disponenten zum Prinzipal, um von dem keinerlei Vergleich zulassenden Handlungsgehülfen abzusehen. Der Vorstand ist nämlich dem

---

* Anmerkung des Herausgebers: Vgl. nunmehr auch die neue Fassung in Art. 196a des Gesetzes vom 18. Juli 1884 betr. die Commanditgesellschaft auf Actien und die Actiengesellschaften.

**) Anmerkung des Herausgebers: Vgl. aber die neue Fassung des Art. 232 des eben cit. Gesetzes, wonach jetzt die Frage für die Mitglieder des Vorstands einer Actiengesellschaft anderweit, analog den bezeichneten Verboten geregelt ist. — Nach § 6 Abs. 2 des cit. Gesetzes finden aber die Vorschriften der Artikel 196a, 232 (neue Fassung) auf Mitglieder des Vorstandes einer bestehenden oder einer der im § 2 Abs. 1 des cit. Gesetzes bezeichneten Gesellschaft keine Anwendung, sofern die Bestellung des Mitglieds vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgt ist.

Vereine, der Procurist wie der Disponent ohne Procura dem Betriebe der Gesellschaft vorgesetzt.

Andererseits lassen sich die Bestimmungen, welche das Gesetz über die Beziehungen der offenen und beziehungsweise persönlich haftenden Gesellschafter zu den Mitgesellschaftern giebt, auf das Verhältniß des Vorstands zum Actienvereine nicht anwenden, weil hier von keinem Societäts-Verhältniß die Rede ist, wie denn auch die Eigenschaft als Vorsteher von derjenigen eines Actionärs ganz unabhängig steht (**Allg. d. H.** Art. 227 Abs. 2.)

Fehlt es aber an einer direkten wie an einer indirekten Anordnung des **Allg. d. H.**, durch welche den Vorstehern einer Actiengesellschaft der Betrieb von Handelsgeschäften für eigene Rechnung so wie für Rechnung Dritter untersagt würde, so sind jene gesetzlich befugt, für persönliche Rechnung Handelsgeschäfte zu machen, gleichgültig welcher Art diese sind, also auch Handelsgeschäfte in der Branche der Gesellschaft, welcher sie vorstehen.

Puchelt, Comment. zum Allgem. d. H. (2. Aufl.) S. 467.

Selbstverständlich kann dagegen dem Vorsteher einer Actiengesellschaft die Abschließung anderer Geschäfte, wie solcher, welche für Rechnung des Actienvereins gehen, in größerem oder geringerem Umfange durch die Statuten, durch eine statutenmäßige Dienstinstruktion oder durch Vereinbarung mit der Gesellschaft untersagt sein.

Zu Frage II.:

Bei Beantwortung der Frage, ob eine Rechtsvermuthung oben besagten Inhalts besteht, dürfte vor allem zu statuiren sein, daß für eine solche Annahme die Art. 52 und 230 des **Allg. D. H.** nicht den mindesten Anlaß geben.

Beide Artikel sprechen den nämlichen zweifachen Rechtssatz in Anwendung auf verschiedene Verhältnisse aus.

Vorerst sanctioniren sie den nach den Grundsätzen des heutigen Rechts über Stellvertretung bei obligatorischen Handlungen

selbstverständlichen Satz, daß aus Rechtsgeschäften, welche ein Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht Namens eines Anderen abschließt, dieser, der Vertretene, und zwar dieser allein, gegenüber dem Dritten berechtigt und verpflichtet wird. Art. 52 wendet diesen Satz auf die Rechtsgeschäfte an, welche ein Procurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, Art. 230 dagegen auf die Rechtsgeschäfte, welche Namens einer Actiengesellschaft durch deren Vorstand geschlossen werden.

Hieran knüpft sich der gleichmäßig in beiden Artikeln ausgesprochene weitere Rechtssatz an, daß es nämlich für die Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen gegenüber dem Dritten gleichgültig ist, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen jenes (des Prinzipals der Gesellschaft) eingegangen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für den Prinzipal und beziehungsweise die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Augenscheinlich ist hier von einer Vermuthung, kraft welcher alle Geschäfte des Procuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Vorstands einer Aktiengesellschaft, oder doch die Geschäfte gewisser Art im Zweifel als für den Prinzipal und beziehungsweise Actienverein geschlossen zu betrachten wären, nicht die Rede. Ja es sprechen die Worte des Gesetzes sowohl in Art. 52 wie in Art. 230 geradezu gegen eine solche Vermuthung. Denn es sollen der Prinzipal aus einem Geschäfte des Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten, die Actiengesellschaft aus einem Geschäfte des Vorstands nur dann berechtigt und verpflichtet sein, wenn das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals und beziehungsweise der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für den Prinzipal resp. die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Hiernach begründet die bloße Thatsache, daß ein Prokurist Handlungsbevollmächtigter oder Actiengesellschafts-Vorstand contrahirte, die Annahme nicht, daß das Geschäft für den Eigenthümer der Handelsniederlassung geschlossen wird, indem vielmehr, wenn nicht ausdrücklich in des letzteren Namen contrahirt

wurde, besondere Umstände vorliegen müssen, welche darauf hinweisen, daß das Geschäft nach dem Willen der Contrahenten für den Prinzipal und beziehungsweise die Aktiengesellschaft geschlossen werden sollte.

Die in der Natur der Sache begründete gesetzliche Bestimmung macht hier keinen Unterschied zwischen den Geschäften des Vorstandes eines Actienvereins und denjenigen eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten, wie verschieden auch der gesetzlich bestimmte Umfang der Vollmachten dieser Vertreter gegenüber Dritten ist. Hat insbesondere der Vorstand einer Actiengesellschaft eine nach außen hin unbegrenzte Vollmacht,

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 583.

so berechtigt und verpflichtet er den Verein doch nur, wenn er von dieser Vollmacht Gebrauch machte, wenn er also ausdrücklich Namens der Gesellschaft contrahirte oder doch die Umstände ergeben, daß dies die Absicht der Contrahenten war. Aus dem Umfange einer Vollmacht, wie auch deren Grenzen durch das Gesetz gezogen sein mögen, läßt sich keinerlei Vermuthung dafür begründen, daß der Vollmachthaber für denjenigen, deren Vertretung ihm zukommt, habe handeln wollen.

Wenn man aber für eine Rechtsvermuthung des Inhalts, daß alle vom Vorstande einer Actiengesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als für die Gesellschaft geschlossen anzusehen seien, sich auf Allg. D. H. Art. 274 beruft, so hat dieser Artikel auf die vorliegende Frage gar keinen Bezug, da er eine Rechtsvermuthung ganz anderer Art aufstellt.

Indem hier nämlich bestimmt ist:

„Die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge „gelten im Zweifel als zum Betriebe des Handelsge- „werbes gehörig,“

ist damit in keiner Weise entschieden oder auch nur angedeutet, wann ein gegebener Vertrag als von einem Kaufmanne bezw. einer Actiengesellschaft geschlossen zu betrachten ist. Die Frage also, ob ein von dem Vorstande einer Actiengesellschaft eingegangener Vertrag im Namen der letzteren oder nicht vielmehr

für die persönliche Rechnung des Vorstehers geschlossen worden, bleibt hier durchaus unberührt.

Hat allerdings der Vorstand als solcher contrahirt, so ist das betreffende Geschäft als im Namen der Actiengesellschaft eingegangen zu betrachten, weil der Vorstand als solcher allein mit Rücksicht auf den Verein besteht, welchem er vorgesetzt ist und nur für diesen thätig sein kann.

Allein es sind Verträge, die ein Vorsteher oder Vorstandsmitglieder schließen, noch nicht Verträge des Actiengesellschafts-Vorstands als solchen. Zwar kann bei einer Mehrheit von Vorstandsmitgliedern das einheitliche Zusammenwirken derselben bei Abschließung eines Geschäfts darauf hinweisen, daß der Vorstand als solcher handelte;

Allg. D. H. Art. 229 Abs. 1.

wo dagegen, wie bei dem Hütten-Actienvereine, der Vorstand aus einer einzelnen Person besteht, ist aus dem bloßen Auftreten des Vorstehers noch nicht zu entnehmen, ob derselbe als Vorstand oder außerhalb dieser Eigenschaft für seine eigene Person handelte.

Wenn hiernach keine Rechtsvermuthung des Inhalts stattfindet, daß alle von den Vorstehern einer Actiengesellschaft geschlossenen Geschäfte in Ermangelung einer entgegengesetzten ausdrücklichen Erklärung als für die Actiengesellschaft eingegangen zu betrachten sind, so gilt eine derartige Präsumtion ebensowenig hinsichtlich der Geschäfte, welche ihrer Art und ihrem Gegenstande nach solche sind, wie sie der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Gehört beispielsweise zu diesem Geschäftsbetriebe der Ankauf von Eisen, so ist ein solcher von dem Vorsteher des Actienvereins eingegangene Kauf seines Gegenstandes halber noch nicht als im Namen der Gesellschaft geschlossen anzusehen. Da nämlich der Vorsteher einer Actiengesellschaft, zu deren Betriebe der Ankauf von Eisen gehört, an sich von der Befugniß nicht ausgeschlossen ist, im eigenen Namen und für eigene Rechnung Eisen anzukaufen, so ist der Inhalt des Geschäfts kein Umstand, aus dem sich zur Genüge ergäbe,

daß der Vertrag nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Hiernach stehen wir denn nicht an, die an uns gerichtete zweite Frage entschieden zu verneinen.

Zu Frage III.:

Eine Actiengesellschaft wird, wie aus den Ausführungen zu Nr. II. sich ergiebt, durch die von dem Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet. Hierbei ist es gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. (Allg. D. H. Art. 230.)

Ein Vertrag erscheint nun als ausdrücklich im Namen der Gesellschaft abgeschlossen, wenn er auf die Vereinsfirma oder auf den Vorstand der Gesellschaft gestellt ist; wenn also beispielsweise die Verkaufs- oder Ankaufsnote für den Hütten-Actienverein oder für den Vorstand (oder Generaldirektor) des Hütten-Actienvereins lautet. Gleichgültig ist es hierbei, ob eine solche Urkunde außerdem den Namen des Vorstehers angiebt, wie z. B. für den „Hütten-Actienverein, Generaldirektor B." oder für den „Generaldirektor des Hütten-Actienvereins, B.," oder ob dies nicht der Fall ist. Denn, es beziehen sich die Bestimmungen des **Allg. D. H.** Art. 229 Abs. 2, abgesehen davon, daß sie unbestrittenermaßen bloße Ordnungsvorschriften sind, nur auf die Firmirung, d. h. auf die Unterzeichnung von Urkunden Namens der Gesellschaft und nicht auf die Bezeichnung letzterer als Contrahentin im Contexte einer Schrift.

Indem aber ein Geschäft, welches nicht ausdrücklich auf den Namen der Gesellschaft geschlossen wurde, aus den Umständen sich als ein solches ergeben kann, welches nach dem Willen der Contrahenten in diesem Sinne eingegangen werden sollte, ist die Frage, ob und inwiefern solche Umstände vorliegen, eine quaestio facti.

In dieser Hinsicht ist uns die Frage vorgelegt, wie es sich dann verhält, wenn in der Vertragsnote die Bezeichnung desjenigen, für den das Geschäft geschlossen, beziehungsweise ein Ankauf gemacht worden ist, mit der Angabe des Namens des alleinigen Vorstehers einer Actiengesellschaft unter nachfolgender Hinzufügung des Titels desselben als Generaldirektors des betreffenden Vereins geschehen ist; — wenn also in jener Note das Geschäft als eingegangen angegeben ist für „B., Generaldirektor des M. Hütten-Actienvereins daselbst" oder für „W. B. zu M., Generaldirektor des M. Hütten-Actienvereins daselbst," für „W. B., Esquire, General-Manager of the Hütten-Actienverein," oder für „W. B, Esquire, General-Manager, Hütten-Aktienverein."

Wir haben uns bereits dahin ausgesprochen, daß ein Geschäft, welches als für den Vorstand eines Actienvereins abgeschlossen bezeichnet wird, selbst dann, wenn nachfolgend der Name des Einzelnvorstehers angegeben sein sollte, als für die Gesellschaft eingegangen angesehen werden muß; so z. B. ein Ankauf, welcher laut Vertragsnote geschehen wäre für „den Generaldirektor des M. Hütten-Actienvereins, B." Ein solches Geschäft wäre als ein ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossenes zu betrachten. Dafür spricht einmal die Analogie des Allg. D. H., Art. 229 Abs. 2, wonach die Benennung des Vorstandes unter Hinzufügung der Unterschrift des Einzeln-Vorstehers als Zeichnung der Vereinsfirma gilt. Dafür spricht aber ferner der Umstand, daß die der Namensangabe des Einzeln-Vorstehers vorausgeschickte Benennung des Vorstands letzteren als das prinzipale bezeichnet, darauf hinweist, daß der Vertrag für den Vorstand als solcher eingegangen werden sollte, während der Vorstand als solchen nur mit Rücksicht auf den Actienverein besteht und allein für diesen Verträge eingehen kann.

Anders verhält es sich dagegen, wenn die Vertragsnote das Geschäft als ein für B., Wilhelm B., W. B. Esquire unter nachfolgender Angabe der Eigenschaft als Generaldirektor

des M. Hütten-Actienvereins geschlossenes bezeichnet. Vermag es hier nämlich keinem Zweifel zu unterliegen, daß ein solcher Vertrag nicht ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, so bildet die alleinige Thatsache, daß dem Namen desjenigen, auf welchen die Urkunde lautet, die Angabe der Eigenschaft desselben als Vorstehers einer gegebenen Gesellschaft beigefügt ist, noch keinen Umstand, aus dem sich ergäbe, daß das Geschäft nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Liegt zwar die Möglichkeit vor, daß die Beifügung der Eigenschaft als Vorstand der Gesellschaft N. N. zur Angabe des Personen-Namens des Generaldirektors in der Absicht geschehen, das Geschäft als ein für den Vorstand als solchen, d. h. für die Aktiengesellschaft geschlossenes zu bezeichnen, so ist es nicht weniger möglich, daß es sich bei jenem Beisatze um einen bloßen Titel handelte, wie denn im gewöhnlichen Leben der Vorsteher oder erste Vorsteher einer Actiengesellschaft vielfach auch im außergeschäftlichen Verkehre als „Direktor" oder „Generaldirektor" bezeichnet und angeredet wird. — Der Gebrauch der Bezeichnung als Generaldirektor des M. Hütten-Actienvereins als bloßer Titel bei einem für persönliche Rechnung intendirten Geschäfte erscheint aber um so weniger als unwahrscheinlich, als eine bedeutende Stellung geeignet ist, die Abschließung von Verträgen mit Gesellschaften oder einzelnen Leuten, denen man persönlich unbekannt ist, zu erleichtern. —

An und für sich spricht demnach die Thatsache, daß eine Vertragsnote auf B., Generaldirektor des M. Hütten-Actien-Vereins, oder W. B., Generaldirektor u. s. w. lautet, weder für die Annahme, daß das Geschäft im Namen der Actiengesellschaft noch für die anderweitige Annahme, daß es für die persönliche Rechnung des Direktors geschlossen werden sollte. Welche dieser beiden Alternativen vorliegt, wird nach anderweitigen Umständen zu entscheiden sein. In dieser Hinsicht werden insbesondere die dem Vertragsschlusse vorauf gegangenen Vorverhandlungen, die an die Agenten ertheilten Aufträge, die Art, wie das Geschäft gebucht worden und bei einem durch den Vorsteher einer Actien-

gesellschaft gemachten Ankaufe der Umstand ins Gewicht fallen, ob der Preis aus den Mitteln der Actionäre oder den eigenen Mitteln des Direktors berichtigt worden ist. — Auch dürfte hier der Umstand nicht ohne Bedeutung sein, ob der Generaldirektor gegenüber seiner Gesellschaft zu dem betreffenden Geschäfte berechtigt oder nicht berechtigt war. (S. unter Nr. X.)

Indem aber eine Actiengesellschaft durch ein von deren Vorstehern geschlossenes Rechtsgeschäft nur dann berechtigt und verpflichtet wird, wenn dasselbe ausdrücklich im Namen der Gesellschaft eingegangen wurde oder die Umstände ergeben, daß dies der Wille der Contrahenten war, ist in Ermangelung dieser zweifachen Alternative ein durch den Allein-Vorsteher eines Actienvereins geschlossener Vertrag als für dessen persönliche Rechnung eingegangen zu betrachten. Daher ist denn eine Vertragsnote, welche auf den Namen des Allein-Vorstehers einer Actiengesellschaft mit nachfolgender Bezeichnung des Titels desselben als Generaldirectors dieses Vereins lautet, im Zweifel als diesen letzteren persönlich betreffend anzusehen.

In diesem Sinne ist die an uns gestellte Frage III zu bejahen.

Zu Frage IV.:

Die Frage bedarf behufs ihrer Beantwortung einer näheren Präcisirung. Der Sinn derselben ist mit Rücksicht auf die Rechtsangelegenheit, welche deren Stellung veranlaßt hat, zweifellos folgender: Herr B. schloß mit zwei englischen Gesellschaften gegebene Eisenankäufe ab; er wollte diese Käufe für sich machen, die verkaufenden Gesellschaften dagegen, — so wird wenigstens unterstellt, — waren des Willens, das Eisen an den M. Hütten-Actien-Verein zu verkaufen, dessen Allein-Vorsteher Herr B. war.

Der Fall liegt demnach so: A. hat einen Kaufvertrag mit B. abgeschlossen; er wollte jedoch nicht an B. verkaufen, sondern an den Actienverein N. N., dessen Vertreter B. war; letzterer aber wollte für sich kaufen. Der Verkäufer irrte somit

nicht in einer Eigenschaft desjenigen, mit welchem er den Contract abschloß, sondern in dessen Stellung zum Vertrage; er glaubte mit der Gesellschaft N. N. durch das Organ des B. zu contrahiren, während B. in eigenem Namen abschließen wollte. Betrifft aber der Irrthum des einen Contrahenten die Person des andern Paciscenten, so liegt regelmäßig auf jener Seite keine gültige Willenserklärung vor, weil die stattgehabte Erklärung dem wahren Willen des Handelnden nicht entsprach; folgeweise ist auch kein Vertrag vorhanden.

L. 32 D. de Reb. cred. (12, 1): „nullum negotium „mecum contraxisti — —; hoc enim nisi inter con- „sentientes fieri non potest."

v. Savigny, Syst. Bd. III. S. 270 flgd.

v. Vangerow, Pandekt. III. S. 271.

Doch ist die ausnahmsweise Gültigkeit eines solchen Geschäfts nicht ausgeschlossen. Diese wird man nämlich, abgesehen von stattgehabter Ratihabition, dann statuiren müssen, wenn im concreten Falle die Annahme begründet ist, daß der im Irrthume befindlichen Partei an der Individualität des andern Contrahenten nichts lag. Wollte also insbesondere der Verkäufer eine gegebene Quantität Eisen zu einem gegebenem Preise verkaufen, wobei er davon ausging, er verkaufe an die Gesellschaft N. N., während es ihm lediglich um einen solventen Käufer zu thun war, so erscheint der Consens dadurch nicht als gehindert, daß A. an den Verein N. N. durch das Organ des B. zu verkaufen meinte, B. dagegen für sich kaufte.

v. Vangerow, Pandect. III. S. 271.

Windscheid, Pandect. § 76 zu Note 6.

In diesem Sinne erklärt denn auch der Code civil Art 1110, dessen Anwendbarkeit auf die in Frage stehenden Geschäfte zu untersuchen, hier ohne praktische Bedeutung wäre:

„Elle (l'erreur) n'est point une cause de nullité, „lors'quelle ne tombe que sur la personne, avec laquelle „on a intention de contracter, à moins que la considèra- „tion de cette personne ne soit la cause principale de la „convention."

Regelmäßig ist nun beim Kaufvertrage dem Verkäufer an der Individualität des Käufers, wenn dieser nur zahlungsfähig ist, nichts gelegen. So geht man denn kaum fehl, wenn man annimmt, daß es den englischen Gesellschaften, welche Eisenverkäufe mit Herrn B. abschlossen, an sich gleichgültig war, ob sie an diesen in Person oder an dessen Gesellschaft verkauften, wenn sie auch von der letzteren Meinung ausgingen, und, wie wiederholt behauptet worden ist, regelmäßig nur an Consumenten verkauften.

Nimmt man aber an, daß die gedachten Eisenverkäufe in rechtsgültiger Weise zum Abschlusse gekommen, so entsteht die weitere Frage, für wen sie als abgeschlossen zu betrachten, ob für Herrn B. persönlich, der für eigene Rechnung kaufen wollte oder für den M. Hütten-Actienverein, an welchen die Verkäufer zu verkaufen meinten. In dieser Hinsicht dürfte entscheidend sein, daß eine Actiengesellschaft nur durch die vom Vorstande *in ihrem Namen* geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird; daß aber, wie die betreffenden Käufe nicht ausdrücklich im Namen des Vereins geschlossen wurden, so auch die Umstände nicht ergeben, daß dies in dem Willen der *Contrahenten* lag, wie denn der Käufer insbesondere nicht für die Actiengesellschaft zu kaufen beabsichtigte.

Demnach sind jene Kaufverträge als für Herrn B. persönlich eingegangen zu betrachten.

Zu Frage V.:

Für die Beantwortung dieser Fragen sind zwei Alternativen zu unterscheiden:

Die Eine ist diese:

Der Generaldirektor einer Actiengesellschaft, welcher Alleinvorsteher derselben ist, schließt mit einem Dritten ein Geschäft für seine persönliche Rechnung ab, das er nur mit Einwilligung des Aufsichtsraths für die Gesellschaft abzuschließen befugt gewesen wäre. Nach Eingehung des Geschäfts frägt der Vorstand beim Aufsichtsrathe, ohne ihn von jenem Abschlusse in Kenntniß

zu setzen, an, ob diese Behörde die Eingehung derartiger Geschäfte für die Gesellschaft für zweckmäßig erachtet, eine Frage, die wiederholt verneint wird. Hier unterliegt es keinem Zweifel, daß der Vorsteher für seine Person aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist; daß er demnach als befugt erscheint, dasselbe für eigene Rechnung zu realisiren, während die Gesellschaft, wie sie aus dem Vertrage nicht verbunden ist und für daraus sich ergebende Verluste nicht aufzukommen braucht, einen aus eben diesem Geschäfte durch den Generaldirektor erzielten Gewinn nicht ansprechen kann. Denn es ist das Geschäft für die persönliche Rechnung des Vorstehers und nicht im Namen der Actiengesellschaft geschlossen, auch auf die Letztere nicht übertragen, von dieser nicht übernommen worden, — was möglicherweise geschehen sein würde, wenn der Aufsichtsrath die Zweckmäßigkeit des Abschlusses derartiger Geschäfte auf Anfrage des Generaldirektors ausgesprochen hätte.

Die Gesellschaft, sagten wir, ist aus einem von ihrem Generaldirektor in eigenem Namen abgeschlossenen Geschäfte nicht berechtigt. Dies ist selbstverständlich, wenn der Vorsteher zur Eingehung eines solchen Geschäfts für eigene Rechnung befugt war. Das Nämliche gilt aber auch in dem Falle, daß jener auf Grund seiner Dienstinstruction oder seines Engagementsvertrags der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung hatte, sich der Abschließung von Geschäften der Art für eigene Rechnung zu enthalten. Kann hier zwar der Verein in der Lage sein, einen durch den unberechtigten Geschäftsabschluß ihm verursachten Schaden gegen seinen Vorsteher zu liquidiren, so ist er dagegen nicht berechtigt, das Geschäft desselben als ein für seine Rechnung abgeschlossenes zu behandeln. Denn muß sich auch ein Gesellschafter, welcher der Anordnung des Gesetzes zuwider ein Geschäft für eigene Rechnung in dem Handelszweige der Gesellschaft gemacht hat, auf Verlangen letzterer gefallen lassen, daß das Geschäft als für ihre Rechnung abgeschlossen angesehen werde (Allg. D. H. Art. 96, 97, 157, 159), so findet diese Bestimmung, wie zu Frage I. bereits ausgeführt wurde,

im Verhältniß eines Actienvereins zu dessen Vorstande keine Anwendung.

Die andere Alternative, welche bei Beantwortung der vorstehenden Frage in Betracht kommt, ist folgende:

Der Allein-Vorsteher einer Actiengesellschaft hat im Namen letzterer ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, oder es ist doch durch rechtskräftiges Urtheil angenommen, daß das Geschäft von dem Vorstande für die Gesellschaft eingegangen worden ist. Jener hat das Geschäft abgeschlossen, ohne vorher die dazu nöthige Genehmigung des Aufsichtsraths einzuholen. Nach Abschließung des Geschäfts hat er beim Aufsichtsrathe, welchem er jedoch von jenem Abschlusse keine Kenntniß gegeben, angefragt, ob derselbe die Eingehung solcher Geschäfte für die Gesellschaft für zweckmäßig erachte, — und eine verneinende Antwort erhalten.

Es ist hier klar, daß die Gesellschaft aus einem solchen in ihrem Namen abgeschlossenen oder urtheilsmäßig als solchen angesehenen Vertrage berechtigt und verpflichtet ist Denn bedurfte auch der Vorstand gegenüber der Gesellschaft zu einem derartigen Geschäfte der Genehmigung des Aufsichtsraths, so kam diese Beschränkung seiner Vollmacht Dritten gegenüber nicht in Betracht, da der Vorstand eines Actienvereins nach außen unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht hat. Dagegen kann sich die an dem Geschäfte berechtigte und verpflichtete Gesellschaft wegen des etwaigen Schadens, den sie aus dem Vertrage erlitten, an den Vorstand halten, weil dieser ihr gegenüber außerhalb der Grenzen seines Auftrags handelte, indem er die zu dem Geschäfte nöthige Genehmigung des Aufsichtsraths weder vor dem Abschlusse eingeholt, noch nachträglich erhalten.

Andererseits kann aber die Gesellschaft den von dem Vorsteher aus dem Geschäfte realisirten Gewinn als einen ihr gehörigen ansprechen, weil sie und sie allein aus dem Geschäfte berechtigt worden, und sich dieses Rechts nicht begeben, das Geschäft nicht übertragen hat. In der Erklärung des Aufsichtsraths nämlich, daß er den Abschluß solcher Geschäfte nicht für zweckmäßig erachte, lag zwar die Verweigerung der Genehmigung

derartiger bereits abgeschlossener oder noch abzuschließender Geschäfte, mit der gesetzlichen Folge, daß der Vorsteher der Gesellschaft für den ihr aus einem solchen von ihm in deren Namen eingegangenen Vertrage erwachsenen Schaden verantwortlich blieb. Dagegen lag in der Verweigerung der Genehmigung von Verträgen der Art Seitens des Aufsichtsraths kein Verzicht auf die Vortheile, welche der Gesellschaft aus dem in deren Namen bereits abgeschlossenen Geschäfte erwachsen mochten. Durch die wiederholte Erklärung des Aufsichtsrathes, er erachte den Abschluß solcher Geschäfte für die Gesellschaft nicht für zweckmäßig, wollte und konnte diese Behörde nicht den Actienverein der Vortheile aus Verträgen begeben, die bereits in dessen Namen eingegangen waren. Der Aufsichtsrath *wollte* dies nicht, weil Verzichte nicht zu vermuthen sind, er *konnte* es auch nicht, weil er als eine ihrer ganzen Stellung nach nur controlirende Behörde die Competenz nicht hatte, auf Rechte des Actienvereins zu verzichten.

Hiernach wurde der Vorstand in Folge der Erklärung des Aufsichtsraths, es sei der Abschluß gewisser Geschäfte für die Gesellschaft nicht als zweckmäßig zu erachten, weder verpflichtet noch auch berechtigt, ein im Namen des Vereins bereits abgeschlossenes oder urtheilsmäßig als solches angesehenes Geschäft der Art auf sich persönlich zu nehmen und zu realisiren. Demgemäß kann die Gesellschaft den später vom Vorstande aus solchem Geschäfte realisirten Gewinn mit Recht reklamiren.

Zu Frage VI.:

Der Fall, auf dessen Grundlage hin die zu VI. gestellte Frage beantwortet werden soll, ist, näher bezeichnet, folgender:

A. schließt als Verkäufer mit B. ein Kaufgeschäft über eine Anzahl Tons Eisen ab. Da B. Allein-Vorsteher der Actiengesellschaft N. N. ist, ist A. der Meinung, daß er an den Verein N. N. verkaufe, während B. für seine persönliche

22*

Rechnung kaufen will. Auf Veranlassung des B. vermittelt der Vertreter des A., mit welchem jener den Eisenankauf abgeschlossen hatte, die Cession der actio emti an C. um einen Preis, welcher den zwischen A. und B. vereinbarten Ankaufspreis übersteigt. Die Cession geschieht im Namen der Actiengesellschaft N. N. Nun will aber B. diese Cession nicht genehmigen, weil er der Käufer des Eisens und daher allein berechtigt sei, dasselbe weiter zu verkaufen, beziehungsweise die actio emti zu cediren; andererseits besteht C. darauf, daß er von dem Vereine N. N. und nicht von B. persönlich die actio emti kaufweise erworben habe. Diese Schwierigkeiten sucht der Vermittler des Cessionsgeschäfts dadurch zu umgehen, daß er die unmittelbare Lieferung des Eisens durch A. an C. bewirkt, von letzterem den mit diesem vereinbarten Cessionspreis entgegennimmt, und die Differenz zwischen diesem Preise aus dem dem ursprünglichen Verkäufer A. geschuldeten dem B. als den diesem zukommenden Gewinn vergütet.

Bei Beantwortung der Frage nun, „wer war civilrechtlicher Eigenthümer des Gewinnes," oder genauer gesagt, wem gebührte der aus der Differenz zwischen dem ersten und dem zweiten Ankaufspreise sich ergebende Gewinn, sind offenbar zwei Fälle zu unterscheiden. Je nachdem nämlich der erste Eisenverkauf an die Actiengesellschaft N. N., oder an deren Generaldirektor B. für dessen persönliche Rechnung geschehen war, wird man in jener Hinsicht zu einem verschiedenen Ergebnisse gelangen.

Unterstellt man zunächst den Fall, daß A. das Eisen wirklich an die Actiengesellschaft N. N. durch das Organ ihres Generaldirektors verkaufte, so konnte die dem Actienvereine zustehende actio emti nur in des letzteren Namen und allein unter Genehmigung des Vereinsvorstandes cedirt werden.

In Ermangelung dieser Genehmigung war die im Namen des Actienvereins N. N. vorgenommene Cession an C. für jenen ohne alle Wirksamkeit. Folgeweise brauchte der Actienverein N. N. die von seinem Verkäufer A. an den Cessionar C. ge-

machte Eisenlieferung nicht als auf seine Rechnung geschehen anzuerkennen.

Der Verkäufer A. hatte das verkaufte Eisen an seinen Käufer N. N. nicht geliefert, und es stand letzterem sonach gegen jenen die dreifache Alternative zu Gebote, welche das Allg. D. H. Art. 355 dem Käufer für den Fall giebt, daß der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist.

Erkannte jedoch der Actienverein N. N. die in seinem Namen vorgenommene Cession der actio emti, wenn auch nur nachträglich, stillschweigend oder ausdrücklich an, so gehörte ihm der aus diesem Realisationsgeschäfte gemachte Gewinn. Der Actienverein konnte den betreffenden Betrag von dem Agenten verlangen, an welchen der Cessionar C. den genannten Cessionspreis ausbezahlt hatte, und beziehungsweise von seinem Generaldirektor, nachdem dieser die betreffende Differenz in Empfang genommen.

Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn man davon ausgeht, daß A. die betreffende Quantität Eisen an B. für dessen persönliche Rechnung verkauft hatte. Denn in solchem Falle konnte nur der Käufer B. die actio emti an C. cediren. War nun auch diese Cession ursprünglich im Namen des Actienvereins N. N. geschehen, mit welchem allein auch der Cessionar C. zu contrahiren meinte, so hatte nachträglich B. diese Abtretung als eine für seine Rechnung geschehene anerkannt, indem er die von seinem Verkäufer unmittelbar an den Cessionar C. effectuirte Lieferung der Waare genehmigt und den Gewinn aus diesem Realisationsgeschäfte für sich in Empfang genommen hatte. Auf diesen Gewinn hatte aber B. für seine Person Anspruch, da derselbe aus einem für seine persönliche Rechnung gemachten Ankaufe realisirt war. Daß die Cession ursprünglich für Rechnung der Gesellschaft N. N. geschehen war, und A. bei Lieferung des Eisens an den Cessionar C dasselbe für Rechnung des Actienvereins facturirte, ändert an der ganzen Sache nichts. Denn es konnte B. allein als Käufer des A. die ihm zustehende actio emti cediren; wie er denn auch die ursprünglich auf einen anderen Namen vorgenommene Ab-

tretung als für seine Rechnung geschehen genehmigte. Für den Cessionar C. aber, welcher mit der Gesellschaft N. N. contrahirt zu haben glaubte, war die Persönlichkeit des Cedenten, indem er das betreffende Eisen geliefert erhielt und bezahlte, unerheblich.

B., der Generaldirektor der Actiengesellschaft N. N., sagten wir, hatte für seine Person Anspruch auf den aus dem Realisationsgeschäfte verwirklichten Gewinn, wenn der realisirte Speculationskauf auf seine persönliche Rechnung und nicht auf diejenige der Gesellschaft ging. Indem aber B. von A. das Eisen für eigene Rechnung kaufen wollte, während A. an den von B. vertretenen Actienverein N. N. zu verkaufen meinte, war das Geschäft nach Maßgabe der Ausführungen zu III. als für die persönliche Rechnung des B. abgeschlossen anzusehen.

Zu Frage VII.:

Es sind hier drei Fragen zusammengestellt, die in naher Beziehung zu einander stehen.

Die erste Frage bezieht sich auf den Fall einer Trassirung auf Schuld, wenn nämlich der Gläubiger A. seinen Schuldner B. in dem Sinne bezogen hat, daß dieser das jenem Geschuldete ganz oder theilweise zur Erfüllung des ihm im Wechsel zu Gunsten des Wechselnehmers C. ertheilten Zahlungsauftrags verwenden soll. Das hier unterliegende Deckungsverhältniß ist an sich nicht wechselrechtlicher Art, wie es auch aus dem Wechsel nicht ersichtlich ist. Bestimmt sich dasselbe sonach nicht nach Wechselrecht, sondern nach Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts, so liegt an sich in der Begebung eines auf Schuld trassirten Wechsels Seitens des Ausstellers an den im Wechselbriefe bezeichneten Nehmer keine Cession der Forderung, welche dem Trassanten gegen den Trassaten zusteht, zu Gunsten des Remittenten.

Vielmehr ist zu unterscheiden:

Wechselrechtlich besteht, so lange der Wechsel nicht acceptirt ist, nur eine Forderung des Nehmers C. an den Trassanten A.; letzterer hat sich dabei verpflichtet, daß der Wechsel trassirtermaßen bezahlt werden wird, sonst will er für das omne id, quod interest, die Regreßsumme, haften.

Civilrechtlich ist der Trassant Gläubiger des Bezogenen, den er beauftragt hat, das ihm, dem Aussteller, Geschuldete auf den Wechsel zu bezahlen. In diesem Auftrage liegt keine Cession zu Gunsten des Wechselnehmers; dieser ist nicht Mandatar des Trassanten, und noch weniger Mandatarius in rem suam. Der Aussteller hat dem Bezogenen ein Mandatum solvendi in favorem tertii (des Remittenten) ertheilt. Erlischt also das Wechselrecht durch Wechselverjährung oder Präjudizirung, so bleibt der Bezogene in seiner bisherigen Schuld gegenüber dem Aussteller.

Renaud im Archiv f. civ. Praxis Bd. 47 S. 20.

Lautete demnach eine von A. auf B. gezogene Tratte einfach an die Ordre B. oder W. B. zu M., so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieser, sobald ihm das Papier Seitens der Ausstellers begeben, — was präsumtiv anzunehmen war, — wie er sich im Besitze der Tratte befand, persönlich forderungsberechtigt war, zwar nicht gegen den Trassaten, welcher nicht acceptirt hatte, wohl aber gegen den Wechselaussteller.

Folgeweise verfügte B. durch Weiterbegebung des Wechsels über diese Forderung als über sein persönliches Eigenthum, oder correcter ausgedrückt, er verfügte durch jene Weiterbegebung über eine zu seinem eigenen, persönlichen Vermögen gehörige Forderung.

Die zweite Frage bezieht sich wohl, was nicht ausdrücklich bemerkt worden ist, auf einen von C. an die eigene Ordre auf A. gezogenen Wechsel. Wenn nun ein solcher Wechsel vom Trassaten A. acceptirt und dem Aussteller C. zurückgegeben wurde, so ward letzterer jedenfalls mit dem Rückempfange des Wechselbriefs Wechselgläubiger für seine eigene Person, falls der Wechsel einfach von C., d. h. von B. oder W. B. zu M. an eigene Ordre ausgestellt war. Unter dieser Voraus-

setzung verfügte B. durch die Weiterbegebung des Wechsels lediglich über sein eigenes persönliches Recht.

Hinsichtlich der dritten Frage ist zu unterscheiden zwischen Wechselbrief und Wechselforderung.

Der Wechselbrief ist nicht lediglich Titel der übertragenen Forderung, sondern hat eine weitergehende Bedeutung. Denn einmal erscheint er als ausschließliches Mittel der Begründung von Wechselforderungen; der Aussteller obligirt sich wechselrechtlich nur durch die Begebung des Papiers, der Bezogene durch die Acceptationserklärung auf der ihm präsentirten Urkunde. Andererseits kann regelmäßig die Wechselforderung, (abgesehen von dem Falle einer Wechselamortisation), anders wie dies bei gewöhnlichen Schuldforderungen nnd Schuldbriefen der Fall ist, nur mit dem Papiere geltend gemacht werden.

Wenn demnach der Wechselbrief nicht allein, wie ein gewöhnlicher Schuldtitel, eine gegebene Forderung bekundet sondern das ausschließliche Mittel ihrer Geltendmachung bildet, wie es auch allein deren Begründung ermöglichte, so beruht doch die ganze Bedeutung und der alleinige Werth des Papiers auf der oder den Wechselforderungen, welche damit verknüpft sind. Sind diese Forderungen durch Verjährung oder Präjudizirung erloschen, und ist auch die sog. Bereicherungsklage aus Art. 83 der D. W. O. nicht begründet, so erscheint das Wechselpapier als werthlos. Cassirt der Depositar eines von dem Inhaber oder in blanco indossirten Wechsels die Wechselsumme für sich ein, oder begiebt er den Wechsel für eigene Rechnung weiter, so eignet er sich nicht eine fremde bewegliche körperliche Sache, die er in seinem Besitze hat, rechtswidrig zu; vielmehr eignet er sich in rechtswidriger Weise eine fremde Forderung an, indem er dieselbe für seine Rechnung einzieht oder verwerthet.

Im Wechselverkehre handelt es sich um die Begründung und Uebertragung von Forderungen. Ist diese zwar nur mittelst des Wechselpapiers möglich, oder kann sie mit a. W.

allein durch Begründung und Uebertragung von Rechten aus Papieren vor sich gehen, so sind hier doch die Rechtsverhältnisse am Papiere durchaus secundärer Natur.

Um nun direct die gestellte Frage zu beantworten, so involvirt die Empfangnahme und Weiterbegebung eines auf mich persönlich lautenden Wechsels weder eine widerrechtliche Aneignung überhaupt, noch die Aneignung einer fremden Sache, oder einer fremden körperlichen Sache.

Empfängt C. einen an seine persönliche Ordre lautenden Wechsel von dem Aussteller A., so liegt in dieser Empfangnahme überhaupt keine Widerrechtlichkeit; C. nimmt ein Papier von demjenigen entgegen, der als Aussteller das Eigenthum daran hatte, und dieses Eigenthum auf ihn übertragen wollte; zugleich erwirbt der Nehmer mit dem Papiere eine Forderung an A., welcher sich ihm wechselrechtlich zu verpflichten beabsichtigte. Begiebt nun C. den Wechsel weiter, so überträgt er mit dem Eigenthume am Papiere eine ihm gehörige Forderung auf den Indossatar.

Von einer widerrechtlichen Aneignung ist hier überall nicht die Rede.

Sollte aber in Folge des Vorhandenseins besonderer Umstände eine Widerrechtlichkeit hier vorliegen, z. B. weil C. wußte, daß der Aussteller in der That nicht ihn, sondern eine von ihm vertretene Gesellschaft meinte, so würde eine widerrechtliche Aneignung einer fremden körperlichen Sache nicht in Frage stehen, sondern die Widerrechtlichkeit lediglich den Erwerb und die Veräußerung einer Forderung, also einer unkörperlichen Mobilie zum Gegenstand haben, da das Papier hier überall nur Mittel zum Zwecke war, es sich für den C. prinzipaliter nicht um Erwerb und Veräußerung des Papiers, sondern um Erwerb und Verwerthung der Forderung handelte.

In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn C. den an eigene Ordre auf A. gezogenen Wechsel, nachdem er von letzterem acceptirt worden, von diesem oder dessen Vertreter in Empfang nahm und weiter begab. Auch hier liegt nämlich unter dem rüher bezeichneten Voraussetzungen keinerlei Widerrechtlichkeit

vor; — jedenfalls bezieht sich aber eine solche, wenn sie in Folge besonderer Umstände gegeben sein sollte, nur auf die Erwerbung und Verwerthung der Wechselforderung.

Zu Frage VIII.:

Der Art. 125 N. 4 des Allg. D. H. giebt keine allgemeinen Bestimmungen über den Mißbrauch einer Gesellschaftsfirma, sondern spricht davon nur in einer besonderen Beziehung.

Das Gesetz statuirt nämlich, es könne ein Gesellschafter die Auflösung der offenen Gesellschaft, gleichgültig, ob dieselbe für eine bestimmte Zeit oder auf unbestimmte Zeitdauer eingegangen, ohne vorgängige Aufkündigung aus wichtigen Gründen verlangen. Indem nun die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, im Falle des Widerspruchs dem richterlichen Ermessen überlassen wird, bestimmt das Gesetz weiter, es könne die Auflösung der Gesellschaft insbesondere ausgesprochen werden (Art. 125.) „wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht."

Diese für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen werden in Art. 170 Abs. 2 auch für die Commandit-Gesellschaft als geltend erklärt; während sich eine Anordnung solchen Inhalts hinsichtlich der Actiengesellschaft nirgends findet.

Frägt man nun, ob die Bestimmungen des Art. 125 N. 4, den Mißbrauch der Firma betreffend, analoge Anwendung auf den Vorstand einer Actiengesellschaft finden, so ist die Frage, ob Art. 125 überhaupt auf Actiengesellschaften anwendbar ist, nicht unbestritten. So wird insbesondere behauptet, es könne ein Aktionär auf Grund jenes Artikels die Auflösung der Actiengesellschaft gerichtlich verlangen, wenn deren Zweck nicht mehr zu erreichen sei,

v. Hahn, Commentar (2. Aufl.) Bd. I. S. 667 § 12.

Anschütz u. Völderndorff, Comment Bd. II. S. 535

während Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 109 die Sache für zweifelhaft erachtet.

In der That darf man hier jedoch den Unterschied im Wesen der offenen und der Commanditgesellschaft einerseits und andererseits der Actiengesellschaft nicht übersehen.

Die beiden erstgenannten Vereinsformen sind ihrem Grundcharacter nach societates privatae, und daher geschlossene Verbindungen individueller Art. Wie demnach der Tod eines Socius regelmäßig eine solche Gesellschaft auflöst, so kann die Auflösung derselben durch den Willen des einzelnen Gesellschafters herbeigeführt werden, und zwar ohne Angabe eines Grundes bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Societät, wenn nur die renuntiatio keine intempestive ist, also der Socius rechtzeitig gekündigt; ohne Kündigung aber bei einer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft, wenn die Austrittserklärung des Gesellschafters aus wichtigen Gründen geschieht, mit a. W. der Richter auf die von jenem angestellte sogen. Auflösungsklage pronuntiirt „rationem habere renuntiationem."

Der Actienverein dagegen ist seinem juristischen Charakter nach eine universitas personarum, also ein Verein, der weder geschlossen noch individueller Art ist. Daher ist der Tod eines Actionärs ohne Einfluß auf den Bestand des Vereins, und gilt das Nämliche von dem Austritt eines solchen. Steht zwar der Austritt aus der Actiengesellschaft jeden Augenblick dem Actionär in der Art frei, daß er sich seiner Actien begiebt, so ist jener dagegen nicht in der Form einer Kündigung der Gesellschaft oder einer sog. Auflösungsklage möglich.

Dies liegt im Wesen des Actienvereins als einer universitas personarum, die von ihren einzelnen Mitgliedern ganz unabhängig ist. Und so hat denn auch das Allg. D. H. nirgends angedeutet, daß eine Actiengesellschaft durch den Willen eines einzelnen Mitgliedes aufgelöst werden könne, während eine analoge Anwendung von Bestimmungen, welche für die offene und die Commandit-Gesellschaft gegeben sind, auf die

Actiengesellschaft bei der völligen Verschiedenheit des Characters dieser Vereinsformen an sich unstatthaft ist.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 788 und die Erk. des Appell. Gerichts zu Hamm vom 15. Mai 1860 und des Berlin. Obertribunals vom 22. Juni 1861 in Busch's Arch. Bd. IV. S. 323 flgd.

Wollte man aber auch davon ausgehen, daß Art. 125 des Allgem. d. H. im Allgemeinen auf Actiengesellschaften eine analoge Anwendung finde, so wäre damit die Anwendbarkeit des Art. 125 Note 4 auf den Fall eines Mißbrauchs der Vereinsfirma durch den Vorstand der Actiengesellschaft nicht gegeben,

Strey, d. deutsche Handelsgesellschaftsrecht, 1. Abth. S. 138.

da an jener Stelle von dem Mißbrauch der Gesellschaftsfirma durch einen Gesellschafter die Rede ist, der Vorstand eines Actienvereins aber als solcher nicht Gesellschafter ist, wie er denn nicht einmal aus der Zahl der Actionäre entnommen zu sein braucht.

Demnach geht unser rechtliches Erachten dahin, daß die Bestimmungen des Art. 125 des Allg. D. H., den Mißbrauch der Firma betreffend, auf den Vorstand einer Actiengesellschaft keine analoge Anwendung finden.

Selbstverständlich fällt hiermit die aus der entgegengesetzten Ansicht gezogene Folgerung

„und sind demgemäß auch bei dem Vorstande einer „Actiengesellschaft die Folgen eines Mißbrauchs der „Vereinsfirma lediglich civilrechtlicher Natur."

Hierbei darf jedoch die Bemerkung nicht unterlassen werden, daß, wenn auch die Bestimmung des Art. 125 auf den Vorstand einer Actiengesellschaft anwendbar wäre, hieraus in keiner Weise sich ergäbe, daß die Folgen eines Mißbrauchs der Vereinsfirma Seitens desselben lediglich civilrechtlicher Natur seien, Dies ist nämlich in Art. 125 hinsichtlich des Mißbrauchs der Gesellschaftsfirma durch einen offenen Gesellschafter nicht gesagt.

Denn erklärt jener Artikel, es könne ein solcher Mißbrauch einen Grund abgeben, aus welchem ein anderer Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen befugt sei, so ist damit weder direkt noch indirekt bestimmt, daß ein Mißbrauch der Societätsfirma durch einen Gesellschafter für Privatzwecke nur diese Wirkung haben könne, vielmehr die Frage, ob derselbe nicht noch andere Folgen nach sich zu ziehen geeignet ist, und welcher Art diese Folgen sind, durchaus unberührt gelassen.

Andererseits folgt aus der Unanwendbarkeit des Art. 125 des Allg. D. H., und insbesondere der Nr. 4 desselben auf Actiengesellschaften nicht, daß der Vorstand eines solchen Vereins dessen Firma nicht mißbrauchen könne. Erwähnt zwar das Allg. D. H. eines derartigen Mißbrauchs nicht, so ist dessen Möglichkeit durch die Natur der Sache gegeben, während aus der Unanwendbarkeit des Art. 125. 4 nur folgt, daß ein Actionär auf Grund des Mißbrauchs der Firma durch den Vorstand die Auflösung der Actiengesellschaft nicht verlangen kann. Die Folgen eines solchen Mißbrauchs, wie insbesondere ein Entschädigungsanspruch der Gesellschaft, werden sich in Ermangelung besonderer gesetzlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen bestimmen; jedenfalls dürften aber diese Wirkungen nicht strafrechtlicher Art sein, da das Deutsche Strafgesetzbuch keine hier einschlagende Bestimmungen enthält, und der § 14 des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874, durch welches § 287 des Str.-Ges. ersetzt worden, hier nicht eingreift.*)

Zu Frage IX.:

Daß das Verhältniß der Vorsteher einer Actiengesellschaft, beziehungsweise des Einzelnen Vorstehers vielfach als ein Man-

*) Anmerk. des Herausgebers: Vgl. nunmehr die Vorschrift in Art. 249 (neue Fassung) des Gesetzes vom 18. Juli 1884 betr. die Commandit-Gesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften, wonach Mitglieder des Vorstandes einer Actiengesellschaft mit criminellen Strafen bestraft werden, „wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln.“

datsverhältniß betrachtet wird, und daß diese Auffassung unter dem Einflusse des Code de comm. in mehrere Gesetzgebungen Eingang gefunden, ist bekannt.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 528.

Dessenungeachtet ist diese Construction unrichtig, wie sie denn auch im Allg. D. H. keinen Anhalt findet.

Vor Allem ist der Vorstand kein Mandatar der Gesammtheit der Aktionäre. — Denn versteht man unter dieser Gesammtheit die sämmtlichen einzelnen Actionäre, so steht der Vorsteher als solcher zu denselben in keiner rechtlichen Beziehung.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 612 flgd.

Sind zwar die Actionäre einerseits und die Vorsteher andererseits wesentliche Elemente der Actiengesellschaft, so bestehen unter ihnen weder Rechte noch Pflichten.

Nimmt man dagegen den Begriff „Gesammtheit der Actionäre" für gleichbedeutend mit der Generalversammlung (Allg. D. H. Art. 224),*) so werden zwar die Vorsteher regelmäßig durch diese Versammlung bestellt und abberufen, wie sie auch deren Beschlüssen Folge zu leisten haben. Dessenungeachtet sind die Vorsteher nicht Mandatare der Generalversammlung, da sie nicht für diese handeln, dieselbe nicht vertreten, wie denn die Generalversammlung kein selbstständiges Rechtssubject ist, sie kein Vermögen hat und keine Geschäfte eingehen kann.

Sind daher die Vorsteher Mandatare, so können sie nur in einem Mandatsverhältnisse zur Actiengesellschaft stehen. Allein es ist auch diese Auffassung unstatthaft.

Denn einmal sind die Vorsteher nothwendige Repräsentanten der universitas personarum. Der Vorsteher bildet demnach in seinem Verhältnisse zur Corporation nicht eine von dieser verschiedene Persönlichkeit, wie dies beim Man-

---

*) Anmerk. des Herausgebers: Vgl. Art. 221 (neue Fassung) des Gesetzes vom 18. Juli 1884 cit.

datar im Verhältniß zum Mandanten der Fall ist. Vielmehr erscheint der Vorstand als ein integrirender Bestandtheil der Actiengesellschaft, welcher so wesentlich ist, daß der Actienverein als solcher solange nicht zur rechtlichen Existenz gelangen kann, als jenes Vereinsorgan nicht bestellt worden (Allg. D. H. Art. 227 Abs. 1).*)

Die Vorsteher sind ferner um deßwillen nicht Mandatare der Actiengesellschaft, weil sie nicht von dieser, sondern unmittelbar durch das Gesetz Auftrag und Vollmacht haben, während der Actienverein den Umfang der durch das Gesetz unbegrenzt ertheilten Vollmacht oder Vertretungsbefugniß nicht beschränken kann.

Laband, in der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht Nr. X. S. 210 a. E., 1. 211.

Hiermit hängt folgender weitere Unterschied zusammen: Die Eigenschaft als Vorsteher ist anders wie diejenige des Mandatars, in dem Sinne keine individuelle, daß der Wechsel der Personen, welche die Vorsteherschaft führen, insoferne ohne rechtliche Bedeutung bleibt, als der jedesmalige Träger der Vorstandschaft alle mit dieser Stellung verbundenen Befugnisse und Verpflichtungen hat. Daher wird denn z. B. der dermalige Vorstand Namens der Actiengesellschaft verklagt, wenn auch aus einem Geschäfte geklagt wird, welches ein früherer Vorsteher für die Gesellschaft geschlossen.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 136 flgd.

Endlich spricht gegen die Auffassung der Vorsteher als Mandatare der Gesellschaft der Umstand, daß Eide Namens der Gesellschaft durch den Vorstand geleistet werden (Allg. D. H. Art. 232),**) während eine Partei einen ihr obliegenden Eid nicht durch einen Mandatar schwören kann.

Renaud, Civilprozeßrecht (2. Aufl. § 131.

---

*) Anmerk. des Herausgebers; Vgl. jetzt Art. 227 u. Art. 209 Ziff. 5 (neue Fassung) des Gesetzes vom 18. Juli 1884 cit.

**) Anmerk. des Herausgebers: Diese Vorschrift der alten

Diese Vertretung der Actiengesellschaft bei Eidesleistungen durch den Vorstand weist wie die übrigen bereits hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten der Stellung darauf hin, daß die Vorstandschaft eine Vereinsbehörde bildet, welche mit der Execution ausgerüstet ist, oder mit a. W. die Vereinsregierung zu führen hat.

Die Actiengesellschaften haben wie andere Privatcorporationen, wie z. B. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, eine Verfassung, welche derjenigen der öffentlichen Corporationen, insbesondere der Gemeinden, nachgebildet ist, und in welcher der Vorstand eine derjenigen der Gemeindeverwaltung analoge Stellung hat.

Bei dieser Sachlage verdient auch die Ansicht keine Billigung, daß der Vorstand zwar nach Außen nicht als Mandatar angesehen werden könne, daß aber dessen Stellung nach Innen nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen sei.

Hiergegen spricht nämlich, daß der Vorstand dem Actienvereine vorgesetzt ist, während der Mandatar dem Mandanten als untergeordnet erscheint. Jene Präposition äußert sich darin, daß der Vorstand die Generalversammlung zusammenberuft und eröffnet, wie er auch selbstständig die Bücher der Gesellschaft führt oder führen läßt und Bilanz macht.

Ist die Stellung des Vorstandes hier überall eine andere wie die eines Mandatars, eines Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft, so sind die Beziehungen desselben nach Innen aus dem weiteren Grunde nicht als ein Mandatsverhältniß aufzufassen, weil auch hier die Eigenschaft als Vorsteher keine individuelle ist. Denn auch gegenüber der Gesellschaft ist ein Wechsel der Personen der Vorsteher insofern ohne Bedeutung, als der jedesmalige Träger der Vorstandschaft die

---

Fassung des Art. 232 ist in die neue Fassung des Art. 232 des cit. Gesetzes vom 18. Juli 1884 nicht aufgenommen; für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind aber nunmehr maßgebend die Vorschriften in § 435 ff. der R.C.P.O.; für andere Fälle vergl. Art. 227 Abs. 1 (neue Fassung.)

Gesammtheit aller damit verbundenen Befugnisse und Verpflichtungen hat. So ist der dermalige Vorsteher gegenüber der Gesellschaft berechtigt, Leistungen aus Geschäften, welche sein Amtsvorgänger für diese eingegangen, entgegenzunehmen; so ist jener nicht weniger dem Vereine verpflichtet, für die Abwickelung der Geschäfte Sorge zu tragen, die sein Amtsvorgänger abgeschlossen hat.

Die Grundsätze aber, welche von der Verantwortlichkeit der Vorsteher gegenüber der Actiengesellschaft gelten, weisen nicht mit Nothwendigkeit auf die Unterstellung eines Mandat-Verhältnisses. Denn es folgt die Haftung des Vorstehers für omnis culpa, so wie die Solidarität der Haftung mehrerer Vorsteher, ebensogut wie aus dem Mandate, aus den Grundsätzen, welche von der Verantwortlichkeit des Beamten, und der Solidarität mehrerer für Ein Amt bestellter Personen gelten.

l. 23 D. de R. J. (50. 17);
Const. I. C. quo quisque ordine. (11. 36.)

Wie wenig endlich die Annahme eines Mandatsverhältnisses hier passe, beweisen die öffentlichen Strafen, welche das Allg. D. H. Art. 249 u. 249a den Vorstehern für den Fall androht, daß sie sich gewisser Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft wie auch dem Publikum schuldig machen.*)

Unter solchen Umständen erscheint es als durchaus unerheblich, wenn man sich für das Vorhandensein eines Mandatsverhältnisses in den Beziehungen der Vorsteher zur Actiengesellschaft auf das unterm 1. October 1865 in Kraft getretene Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten beruft.

Denn besagt auch dasselbe (§ 128):

„Soweit der gegenwärtige Titel nichts Anderes
„beweist, sind die durch die Bestellung eines Reprä-

---

*) Anmerk. des Herausgebers: Vgl. nunmehr Art. 249—249 (neue Fassung) des Gesetzes vom 18. Juli 1884 cit.

„sentanten oder Grubenvorstands entstehenden Rechts-
„verhältnisse nach den allgemeinen Vorschriften über
„den Vollmachtsvertrag zu beurtheilen,"

so kömmt zunächst in Betracht, daß an sich das Allg. D. H. als das ältere Gesetz nicht aus dem jüngeren interpretirt werden kann. Wenn man sich aber darauf beruft, es sei das Preußische Berggesetz dem Handelsgesetze nachgebildet worden, so darf nicht übersehen werden, daß einerseits merkliche Unterschiede zwischen dem Repräsentanten einer Gewerkschaft und dem Vorstande einer Actiengesellschaft bestehen und daß andererseits eine im Handelsgesetzbuche nicht begründete Auffassung, von welcher die Nachbildner desselben bei Entwerfung eines späteren Gesetzes ausgegangen sein mögen, für die Beurtheilung der jenem Gesetzbuche unterstehenden Rechtsverhältnisse ohne alle Erheblichkeit ist.

Hiernach geht denn unser rechtliches Erachten dahin, daß der Vorsteher einer Actiengesellschaft, mag er Allein-Vorsteher oder nur Vorstandsmitglied sein, nicht Mandatar des Actienvereins oder der Gesammtheit der Actionäre ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die von ihm Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte innerhalb oder außerhalb seines Auftrags eingegangen worden sind.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 528 u. die Note 27 daselbst Angeführten.

Beseler, Syst. des Deutsch. Privatrechts (3. Aufl.) S. 927 XI.

Zu Frage X.:

Nach dem Allg. D. H. Art. 209, 2 müssen die Statuten einer Actiengesellschaft u. a. den Gegenstand des Unternehmens bestimmen. Ergiebt sich schon aus diesen Anordnungen, daß der Gegenstand des Unternehmens eines Actienvereins nicht ohne Bedeutung ist, so ist dieselbe dermalen in Einer Hinsicht weggefallen. Während nämlich nach der ursprünglichen Fassung

des Allg. D. H. der Gegenstand des Unternehmens einer Actien-Gesellschaft für die Beantwortung der Frage maßgebend war, ob dieselbe Handels-Gesellschaft sei oder nicht, ob sie demnach dem Handelsgesetzbuche unterstehe oder nicht unterstehe, — ob sie die besonderen Rechte und Pflichten der Kaufleute habe oder nicht habe, so hat sich dies durch die Novelle vom 11. Juni 1870 geändert. Denn es gilt diesem Reichsgesetze und den Modificationen, welche dasselbe dem Allg. D. H. beigebracht hat, zufolge „eine Actiengesellschaft als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht.“

Allg. D. H. Art. 208 Abs. 1*) u. Art. 5 Abs. 1.

Dessenungeachtet ist die Angabe des Gegenstands des Actienunternehmens in den Statuten der Actiengesellschaft auch nach jetzigem Rechte nicht zweck- und bedeutungslos.

Vielmehr ist jene Angabe:

a. Einmal von Bedeutung im Verhältnisse der Actiengesellschaft zu Dritten, Mitcontrahenten, wie schon daraus zu entnehmen ist, daß der Gegenstand des Unternehmens in den Auszug aus dem Handelsregister aufzunehmen ist, welcher durch die öffentlichen Blätter bekannt gemacht wird. Schließt namentlich der Disponent einer Aktiengesellschaft, der ohne Procura ist, Namens des Vereins Geschäfte mit Dritten ab, so erstreckt sich dessen Vollmacht im Zweifel nur auf solche Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Gewerbes der Art, wie derjenige der Gesellschaft ist, gewöhnlich mit sich bringt. Sonach ist der Gegenstand des Unternehmens des Actienvereins im Allgemeinen für die Bestimmung des Umfanges der Vollmachten des Disponenten der Gesellschaft maßgebend,

Allg. D. H. Art. 47.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 640 und Note 12.

und demgemäß auch, indem er in Folge der Publication durch

**) Anmerk. des Herausgebers: Vgl. auch jetzt Art. 208 (neue Fassung) des Gesetzes vom 18. Juli 1884 cit.

die öffentlichen Blätter dem Dritten gegenüber bekannt war oder bekannt sein mußte, für die Beantwortung der Frage entscheidend, ob die Actiengesellschaft durch ihren Bevollmächtigten dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet worden ist.

Allg. D. H. Art. 52.

Gilt dies im Allgemeinen auch von anderen Handlungsbevollmächtigten, so verhält es sich anders in Ansehung der Geschäfte, welche Namens des Actienvereins durch dessen Vorstand abgeschlossen werden. Indem nämlich die Vollmacht des Vorstandes eine unbegrenzte und unbeschränkbare ist, berechtigt und verpflichtet jener die Gesellschaft durch alle in deren Namen vorgenommenen Geschäfte, sobald diese nur denkbarer Weise für den Actienverein durch Vertretung vorgenommen werden können.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 583.

Der Vorstand berechtigt und verpflichtet demnach die Gesellschaft auch durch solche in deren Namen eingegangene Geschäfte, die dem Zwecke des Vereins fremd sind und zu dem Gegenstande des Vereinsunternehmens in keinerlei Beziehung stehen. Daher ist denn dieser Gegenstand im Verhältniß der Actiengesellschaft zu Dritten, mit welchen Namens jener durch deren Vorstand contrahirt worden ist, an sich rechtlich ohne alle Bedeutung. Thatsächlich kann ihm eine solche insoferne zukommen, als im Zweifel darüber, ob ein Geschäft durch den Vorsteher einer Actiengesellschaft im Namen des Vereins oder für persönliche Rechnung abgeschlossen wurde, der Umstand, daß das betreffende Geschäft dem Vereinszwecke fremd, für die letztere Annahme in die Waagschale fallen dürfte, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß der Vorstand Namens des Actienvereins handeln wollte, wo er dieser gegenüber hierzu nicht befugt war.

Sieht man aber von dem Verhältnisse der Actiengesellschaft zu Dritten, Mitcontrahenten, ab, so kommt in anderen Beziehungen dem Gegenstande des Actienunternehmens eine große und wieder sehr verschiedene Bedeutung zu.

So sind insbesondere die Actienzeichner ihrer Verpflichtung aus der Zeichnung entbunden, wenn der Gegenstand des Unter-

nehmens des in's Leben getretenen Actienvereins ein anderer ist, als der beim *projectirten* Vereine vorgesehene.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 256.

So kann ferner die Abänderung des Gegenstands der Unternehmung der Gesellschaft nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht in den Statuten ausdrücklich gestattet ist.

Allg. D. H. Art. 215 Abs. 1.*)

Insbesondere ist aber der in den Statuten angegebene Gegenstand des Actienunternehmens von Bedeutung:

b. *Im Verhältnisse der Actiengesellschaft zu deren Vorstand.*

Wenn nämlich zwar die Vollmacht desselben oder mit a. W. dessen Vertretungsbefugniß nach Außen unbegrenzt und *unbeschränkbar* ist, so erscheint der Vorstand gegenüber der Actiengesellschaft nur als berechtigt zu den Geschäften und Handlungen, welche die Verwaltung des Vereinsvermögens und der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Zu Handlungen, welche über diesen gewöhnlichen Betrieb sowie dasjenige, was die Verwaltung des Vereinsvermögens erfordert, hinausgehen, bedarf der Vorstand der Ermächtigung der Generalversammlung, sofern die Gesellschaftsregel ihn nicht ausdrücklich zu derartigen Geschäften ermächtigt oder hier an die Genehmigung einer andern Vereinsbehörde, wie des Aufsichtsraths gewiesen hat.

Renaud, Actieng. (2. Aufl.) S. 505 u. S. 550.

Selbstverständlich gilt dies auch von *Geschäften, die außerhalb des Geschäftskreises der Actiengesellschaft liegen*, oder die mit a. W. *in keiner Beziehung zum Gegenstande des Actienunternehmens stehen.* Dieser Gegenstand ist hier insofern von Bedeutung, als er in Ermanglung anderer statutenmäßiger Anordnung die Grenzen

*) *Anmerkung des Herausgebers.* Vgl. nunmehr § 215 des Gesetzes vom 18. Juli 1884 betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und Actiengesellschaften.

des Auftrags des Vorstands bezeichnet, der dieselben keinenfalls ohne Ermächtigung der Generalversammlung zu überschreiten befugt ist. Ob und inwieferne aber die Generalversammlung berechtigt ist, den Vorstand zu einem dem statutenmäßig bestimmten Gegenstande des Actienunternehmens fremden Geschäfte zu ermächtigen, hängt von den Bestimmungen der Statuten über die Competenz jenes höchsten Vereinsorgans, sowie davon ab, ob im concreten Falle dessen Beschluß sich als statutenwidrig darstellt.

Renaud, Actieng. S. 499.

Hiernach geht unser rechtliches Erachten dahin, daß der Vorstand einer Actiengesellschaft an sich nicht befugt ist, Namens der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abzuschließen, die außerhalb des Geschäftskreises dieser letzteren liegen.

Indem im Zusammenhange hiermit die Frage an uns gerichtet ist, ob nach § 4 der Statuten des M. Hütten-Actienvereins Ankäufe nur zum Zwecke des Wiederverkaufs, also reine Speculationsgeschäfte, als in den Geschäftskreis der Aktiengesellschaft fallend, anzusehen sind, ist es zur Beantwortung dieser Frage nöthig, näher auf den Gegenstand des betreffenden Actienunternehmens einzugehen.

Dieser Gegenstand ist nach § 4 der Statuten zunächst ein dreifacher:

1) Die Verarbeitung von Eisen und anderen Metallen zu allen vorkommenden Qualitäten, Sorten und Profilen gewalzten, gehämmerten und gegossenen Eisens;
2) Die weitere Verarbeitung dieses Fabrikats in allen möglichen Formen und Zusammensetzungen;
3) Die Verwerthung aller dieser Producte.

Zur Deckung ihres Bedarfs an zu verarbeitendem Eisen oder anderen Metallen ist durch denselben § 4 der Statuten der Gesellschaft gestattet,

„auch Bergwerke und sonstige metallurgische, sowie „überhaupt alle Anlagen zu erwerben, zu pachten oder

„selbst zu errichten, welche zur Erreichung vorbezeichneter „Zwecke erforderlich oder nützlich sind."

Doch ist diese Art der Fassung des Bedürfnisses der Gesellschaft an zu verarbeitendem Eisen nur facultativ, die Gesellschaft, sagen die Statuten, kann auch Bergwerke u. s. w.

Hieraus folgt, daß die Gesellschaft nach Maßgabe ihrer Statuten befugt ist, ihr Bedürfniß an Eisen ganz oder theilweise in anderer Art zu decken, — also durch Ankauf.

Demgemäß sind Ankäufe von Eisen alsdann als in den Gesellschaftskreis des M. Hütten-Actienvereins fallend anzusehen, wenn sie zum Zwecke der Verarbeitung des angekauften Materials zu allen vorkommenden Qualitäten, Sorten und Profilen gewalzten, gehämmerten und gegossenen Eisens, zur weiteren Verarbeitung dieser Fabrikate und zur Verwerthung aller dieser Producte geschehen.

Indem aber der Kauf von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, um dieselben weiter zu veräußern, ein Handelsgeschäft ist, ohne daß es einen Unterschied machte, ob die Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen,

Allg. D. H. Art. 271. 1.

sind Speculationsgeschäfte in Eisen nicht schlechtweg vom Geschäftskreise der Gesellschaft ausgeschlossen.

Immerhin ergiebt sich aber aus den Statuten des M. Hütten-Actienvereins, daß nur solche Ankäufe von Eisen zum Gegenstande des Vereinsunternehmens gehören, welche in der Absicht der Weiterveräußerung des Eisens nach stattgehabter Verarbeitung geschlossen werden; — daß dagegen Ankäufe von Eisen zum Zwecke weiterer Veräußerung derselben in Natur oder mit a. W. ohne vorherige Verarbeitung, als in den Geschäftskreis der Gesellschaft nicht fallend anzusehen sind.

Firmenrecht und Markenschutz.

(Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874).

I. Sind die unter dem Namen und der Firma Johann Faber gefertigten Waaren, nachdem diese Firma in das Handelsregister an dem Orte ihrer Handelsniederlassung eingetragen ist und ihre Marke im Markenschutz-Register in einer von der Marke A. W. Faber verschiedenen Weise vorgetragen wurde, als nach der bestehenden deutschen Gesetzgebung vollkommen gesetzlich, rechtmäßig erzeugt zu betrachten?

II. Hat der Inhaber der Firma A. W. Faber ein Recht zu behaupten, daß außer ihm oder seiner Firma kein anderer Fabrikant (auch nicht Johann Faber) berechtigt sei, unter dem Namen „Faber" Bleistifte zu erzeugen und zu verkaufen oder ist nicht vielmehr ein solcher Anspruch unbegründet und kann Johann Faber gegen jenen öffentlich erhobenen Anspruch des Inhabers der Firma A. W. Faber eine Feststellungsklage nach Maßgabe des § 231 der R.C.P. dahin erheben, es bestehe für diesen das Recht nicht, daß Kein anderer neben ihm Bleistifte mit dem Namen „Faber" zeichne?

Rechtsgutachten.

Von der Firma „Johann Faber" in Nürnberg sind wir um die rechtliche Begutachtung zweier später näher zu bezeichnender Fragen aus dem Gebiete des Firmen- und Markenrechts aus Anlaß folgender thatsächlicher Verhältnisse angegangen worden:

§ 1.

Die thatsächlichen Verhältnisse.

In Nürnberg bildete sich unter der Firma „Johann Faber" ein aus Vater und zwei Söhnen bestehendes Geschäft

zum Zwecke der Fabrikation von Bleistiften und ähnlichen Waaren. Im Gesellschaftsregister des Handelsgerichts Nürnberg Bd. V. Ziff.. 26 findet sich unter dem Datum „2. August 1879“ der Eintrag „Johann Faber in Nürnberg“

„Für Blei-, Farb-, Zeichnen-, Patent- und Künstler-
„stifte, Schiefer- und Gummistifte, Gummi- und Schiefer-
„tafeln, Blei zu Patent- und Künstlerstiften, als Etiquette
„zum Aufprägen auf die Waare und deren Verpackung

Das Haus Johann Faber bezeichnet mit dieser aus zwei gekreuzten Hämmern bestehenden Schutzmarke seine sämmtlichen Bleistifte, Etiquettes, Schachteln und Etuis, und außerdem die besseren Bleistifte mit dem vollen Namen „Johann Faber,“ während die billigeren Bleistifte die bloßen Anfangsbuchstaben J. F. tragen. Dagegen sind alle größeren wie kleineren Schachteln, in welchen die Bleistifte verpackt sind, mit der Schutzmarke und dem vollen Namen „Johann Faber“ versehen. —

Herr Johann Faber, welcher dem in kurzer Zeit zu großer Blüthe gelangten Etablissement seinen Namen gegeben, ist der leibliche Bruder des Chefs der Firma A. W. Faber, des Herrn Lothar von Faber in Stein bei Nürnberg. Beide Herren waren früher associirt, und hatten 37 Jahre lang gemeinschaftlich im elterlichen Geschäfte gearbeitet, wie sie sich in Freundschaft trennten, indem Herr Johann Faber mit seinen beiden nun in das Mannesalter getretenen Söhnen das bezeichnete Haus gründete.

Bezüglich des in Betrieb gebliebenen Geschäfts A. W. Faber findet sich im Handelsregister des Handelsgerichts Nürnberg der Eintrag d. d. 1. Mai 1875 von A. W. Faber:

„Für alle Schreibmaterialien und Zeichenmaterialien,
„sowie für Maler- und Bücher-Requisiten jeder Art
A. W. F.
„desgleichen auch A. W. Faber.“

Demgemäß bezeichnete das Haus „A. W. Faber“ seine Bleistifte bald bloß mit A. W. F., bald mit A. W. Faber. Die Etiquettes enthalten neben dem Namen „A. W. Faber“ die Aufzählung einer Anzahl von Preismedaillen und Ehrendiplome, welche das Haus erhalten hat, sowie die Bemerkung: „Die Fabrik besteht seit 1761. A. W. Faber.“

Bei dieser Sachlage erließ unterm 1. Juni 1880 d. d. Stein bei Nürnberg das Haus A. W. Faber ein Circular mit der Rubrik „Fälschungen und Nachahmungen seiner Fabrikate betreffend.“ — A. W. Faber, heißt es daselbst, erachte es im Interesse aller Betheiligten für geboten, seinen Kunden von den in den letzten Jahren sich mehrenden Fälschungen und Nachahmungen seiner Fabrikate, sowie von den hiergegen ergriffenen Maßregeln und deren Erfolg Kenntniß zu geben. Nach dieser Einleitung werden eine Reihe widerrechtlicher gegen die Firma begangener Unternehmungen unsolider Concurrenz näher bezeichnet, und die hiergegen theils mit, theils ohne Erfolg gethanen Schritte aufgeführt. Hieran schließt sich die auf Grund des Reichsgesetzes über Markenschutz vom 30. November 1874, § 3 Abs. 1 abgegebene Erklärung, daß, nachdem das seit Jahren bestehende Fabrikzeichen „A. W. Faber“ in das Markenschutzregister eingetragen, jedes andere den Namen „Faber“ enthaltende Fabrikzeichen sich als eine widerrechtliche und ungesetzliche, lediglich auf Täuschung des Publikums berechnete Nachahmung kennzeichne. Denn es liege, — so führt das Circular aus, — der Schwerpunkt der Marke A. W. Faber im Namen „Faber.“ Erkenne zwar der Grossist und Sachkundige das Entscheidende in dem Vornamen A. W., so schenke diesen der Detail-Verkäufer und Consument wenig Beachtung, indem er lediglich einen „Faberstift“ verlange. So gründe sich denn die Speculation derjenigen, welche sich die Marke „A. W. Faber“ mit Abänderungen beilegten, darauf, daß Tausende im Publikum, die sorglos einen mit G. W. Faber oder A. B. Faber oder in ähnlicher Weise gezeichneten Bleistift kauften, des Glaubens seien, einen ächten aus der Fabrik „A. W. Faber“ herrührenden Bleistift erworben zu haben.

Es gebe aber zur Zeit, — so wird im Circulare weiter behauptet, — außer den bereits angegebenen (nämlich G. W. Faber und A. B. Faber) noch eine Reihe weiterer Pseudo-Faber-Bleistift-Fabrikanten, mit diversen anderen Vornamen, welche alle keinen anderen Zweck verfolgten, als Verwechselungen mit der Marke A. W. Faber hervorzurufen. Allein es sei nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes kein anderer neben A. W. Faber berechtigt, Bleistifte mit dem Namen Faber zu zeichnen, und wer es dennoch thue, verfalle, welchen Vornamen er dabei auch anbringen möge, in die gesetzliche Strafe.

Dies der Inhalt des Circulars, welches, wenn es auch nirgends ausdrücklich der Firma „Johann Faber" erwähnt, doch so gefaßt ist, daß es eine Beziehung auf dieses Haus nahe legt. Dies gilt namentlich von der Stelle, woselbst gesagt ist, daß es außer G. W. Faber und A. B. Faber eine Reihe weiterer Pseudo-Faber-Bleistiftfabrikanten unter diversen anderen Vornamen gebe.

Auch mußte sich die Firma „Johann Faber" durch die Erklärung betroffen fühlen, es sei kein anderer wie A. W. Faber berechtigt, Bleistifte mit dem Namen „Faber" zu bezeichnen. Eine solche öffentlich kundgegebene Behauptung konnte jenes Geschäft um so weniger auf sich beruhen lassen, als aus dem Kreise seiner Kunden Anfragen einliefen, ob die Berechtigung des Hauses zur Bezeichnung seiner Fabrikate mit Johann Faber außer allem Zweifel stehe.

Aus solcher Veranlassung sind wir um eine rechtliche Meinungs-Aeußerung darüber angegangen worden:

1) Daß unter dem Namen und der Firma Johann Faber gefertigte Waaren, nachdem diese Firma in das Handelsregister zu Nürnberg eingetragen ist und ihre Marke im Markenschutzregister in einer von der Marke A. W. Faber verschiedenen Weise vorgetragen wurde, als nach der bestehenden Deutschen Gesetzgebung vollkommen gesetzlich, rechtmäßig erzeugt zu betrachten seien.

2) Daß das Haus Lothar von Faber kein Recht besitze zu behaupten, daß außer ihm oder seiner Firma kein anderer Fabrikant (auch nicht Johann Faber) berechtigt sei, unter dem Namen „Faber“ Bleistifte zu erzeugen und zu verkaufen; daß vielmehr dieser im Schlußsatze des Circulars behauptete Anspruch unter den obwaltenden Verhältnissen unwahr und gänzlich unbegründet sei.

§ 2.

Die rechtliche Beurtheilung.

Bekanntlich pflegen Fabrikanten wie Kaufleute ihre Fabrikate und beziehungsweise die von ihnen feilgehaltenen Waaren mit einem Zeichen zu versehen, durch welches die Abnehmer und Consumenten auf die Quelle aufmerksam gemacht werden sollen, von welcher die Waare herrühre oder aus welcher dieselbe zu beziehen ist. Zu diesem Zwecke werden die Waaren oder deren Verpackung bald mit dem Namen oder der Firma des Producenten oder Handeltreibenden, bald mit einem sogen. figürlichen Waarenzeichen, d. h. einem Zeichen, welches nicht in dem Namen oder der Firma des Fabrikanten oder Kaufmannes besteht, bezeichnet. Im letzteren Falle spricht das Reichsgesetz über Markenschutz vom 30. November 1874 von Waarenzeichen schlechtweg (Reichsgesetz §§ 1—12), während es vom Waarenzeichen die Bezeichnung der Waare oder deren Verpackung mit dem Namen oder der Firma des Producenten oder Handeltreibenden unterscheidet (Reichsg. §§ 13, 14). Ungeachtet dieser Unterscheidung unterliegt es jedoch keinem Zweifel, daß eine Cumulation beider Bezeichnungsarten in der Weise statthaft ist, daß die Waaren oder deren Verpackung zugleich mit Namen oder Firma und mit dem Waarenzeichen im eigentlichen Sinne d. W. versehen werden können.

Eine solche Cumulation liegt hier vor, indem das Haus Johann Faber seine Fabrikate und deren Verpackung zu=

gleich mit „Johann Faber" und dem aus zwei gekreuzten Hämmern bestehenden Waarenzeichen bezeichnet.

Was nun die an uns gerichtete erste Frage anbetrifft, ob die solcher Weise gefertigten Waaren als nach der bestehenden deutschen Gesetzgebung vollkommen gesetzlich erzeugt zu betrachten seien, oder, genauer gesagt, ob die angegebene Art der Bezeichnung der betreffenden Fabrikate als eine durchaus rechtmäßige, nach keiner Seite hin zu beanstandende erscheint, so untersteht es vorerst keinem Zweifel, daß dem Hause „Johann Faber" nicht verwehrt werden kann, seine Bleistifte mit dem aus zwei gekreuzten Hämmern bestehenden Waarenzeichen zu versehen. Denn es hat jene Firma, welche im Handelsregister eingetragen ist, das betreffende Zeichen zur Eintragung in das Register des Ortes ihrer Hauptniederlassung bei dem zuständigen Gerichte angemeldet, und ist auch für dieselbe die Anmeldung zuerst bewirkt worden. Mindestens ist nicht bekannt, daß die für Johann Faber in das Nürnberger Handelsregister vollzogene Eintragung der in zwei gekreuzten Hämmern bestehenden Marke „für Blei-, Farb-, Zeichnen-, Patent- und Künstlerstifte" von irgend einer anderen Seite früher beantragt worden wäre; keinenfalls ist für A. W. Faber, der überhaupt kein figürliches Waarenzeichen hat eintragen lassen, eine solche Anmeldung bewirkt worden. Folgeweise steht der Firma „Johann Faber" ausschließlich das Recht zu, ihre Waare oder deren Verpackung mit dem für diese zum Handelsregister angemeldeten Zeichen zu versehen, oder auf solche Art bezeichnete Waaren in den Verkehr zu bringen.

Reichsgesetz über den Markenschutz §§ 1 und 8

Auch hat sich A. W. Faber in dem früher erwähnten Circulare wegen Mißbrauchs oder Nachahmung eines figürlichen Waarenzeichens nicht beschwert. Er konnte dies nicht thun, weil er eine derartige Marke nicht hat eintragen lassen, und mit einer solchen seine Waaren oder deren Verpackung nicht versieht.

Es kann sich demnach bei den vorstehenden Angriffen, welche das Circular gegen „Johann Faber" enthält, oder die man

doch in der Fassung jener Publication leicht finden möchte, nur um das sogen. Firmenzeichen handeln, d. h. um die Bezeichnung der Waare des Hauses „Johann Faber" oder deren Verpackung mit diesem Namen oder dieser Firma, bezw. bei einzelnen billigeren Fabrikaten mit der Initiale J. F.

Die Bezeichnung seiner Waaren oder deren Verpackung mit der eigenen Firma ist aber von einem besonderen Eintrage dieses Zeichens unabhängig,

Landgraf, das Reichsgesetz betr. den Markenschutz S. 47 N. 5.

und jedenfalls ein ausschließliches Recht der eingetragenen Firma. Ob auch eine uneingetragene Firma, welche zur Bezeichnung der Waaren gebraucht wird, den Markenschutz genießt, was

Endemann in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allg. Handelsrechts Bd. XXXII. S. 63.

behauptet, dagegen

Thöl, Handelsrecht (6. Aufl.) § 209 Note 5.

verneint, ist eine um deßwillen hier nicht zu erörternde Streitfrage, weil die Firma „Johann Faber" an dem Orte ihrer Handelsniederlassung, nämlich in Nürnberg, eingetragen ist.

Aus welchem Grunde aber das Haus „Johann Faber" rechtswidrig handeln sollte, wenn es seine Waaren und deren Verpackung mit seiner Firma oder einer abgekürzten Gestalt derselben bezeichnet, ist völlig unerfindlich. Nur die widerrechtliche Bezeichnung der Waaren oder deren Verpackung mit der Firma eines Anderen ist durch das Reichsgesetz über den Markenschutz untersagt.

Jeder inländische Producent oder Handeltreibende, sagt dieses Gesetz, (§ 13) kann gegen denjenigen, welcher Waaren oder deren Verpackung mit der Firma des Ersteren widerrechtlich bezeichnet, im Wege der Klage beantragen, daß derselbe für nicht berechtigt erklärt werde, diese Bezeichnung zu gebrauchen.

Desgleichen kann der Producent oder Handeltreibende gegen denjenigen, welcher dergleichen widerrechtlich bezeich-

nete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, im Wege der Klage beantragen, daß derselbe für nicht berechtigt erklärt werde, so bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen oder feil zu halten (Reichsges. § 13 Abs. 2).

Nicht weniger ist nach dem an Stelle des Reichsstrafgesetzbuch § 287 getretenen § 14 des Reichsgesetzes über den Markenschutz allein mit öffentlicher Strafe bedroht:

„Wer Waaren oder deren Verpackung wissentlich „. . . mit dem Namen oder der Firma eines „inländischen Producenten oder Handel-„treibenden widerrechtlich bezeichnet."

Hiernach ist die Verwendung einer Firma zur Bezeichnung von Waaren nur dann eine unstatthafte, gegen welche die Schutzmittel des Markenschutz-Gesetzes Anwendung finden, wenn die betreffende Firma eine fremde und die Zeichnung der Fabrikate oder deren Verpackung mit derselben eine widerrechtliche, d. h. eine solche ist, zu welcher derjenige, der sich der fremden Firma bedient, weder ein vertragsmäßiges noch ein gesetzliches Recht hat.

Landgraf, das Reichsgesetz betr. den Markenschutz S. 52. 6.

Im vorliegenden Falle fehlt es an der zweifachen Voraussetzung einer unberechtigten Waarenzeichnung.

Das Haus „Johann Faber" zeichnet seine Fabrikate mit seiner Firma. Also ist hier weder eine fremde Firma zur Waarenbezeichnung gebraucht, noch folgeweise ein widerrechtlicher Gebrauch der Art vorliegend.

Von einem widerrechtlichen Gebrauch der eigenen Firma zur Bezeichnung von Waaren oder deren Verpackung, wovon hier allein die Rede sein könnte, handelt aber das Markenschutz-Gesetz nicht. Auch würden die Bestimmungen des Allg. D. H. Art. 27 über den unbefugten Gebrauch einer Firma auf eine widerrechtliche Verwendung des kaufmännischen Namens zur Zeichnung von Waaren ohne Anwendung sein, da sich jene Anordnungen nur auf den handelsrechtlichen Gebrauch der Firma, d. h. auf deren Anwendung bei Ab-

schließung von Handelsgeschäften und Abgabe der Unterschrift im Handel (Allg. D. H. Art. 15) beziehen.

Entsch. des R.O.H.G. Bd. IV. S. 258.

Anschütz u. Völderndorff, Commt. Bd. I. S. 208.

Allein es ist, hiervon abgesehen, die Bezeichnung der Fabrikate des Hauses „Johann Faber“ mit eben dieser Firma kein unbefugter Gebrauch dieses kaufmännischen Namens. Denn es ist die Firma selbst eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende, und die gedachte Verwendung derselben weder mit einer vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung, noch mit einer gesetzlichen Anordnung im Widerspruche.

Dafür, daß letzteres der Fall sei, könnte sich A. W. Faber insbesondere nicht auf § 18 des Reichsgesetzes über Markenschutz berufen.

Denn ist hier auch bestimmt:

> „Der dem Inhaber . . . einer Firma nach In-
> „halt dieses Gesetzes gewährte Schutz wird dadurch
> „nicht ausgeschlossen, daß . . . die Firma mit Abän-
> „derungen wiedergegeben . . ., welche nur durch An-
> „wendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen
> „werden können,“

so handelt es sich bei der Bezeichnung der Fabrikate des Geschäfts „Johann Faber“ mit dieser Firma nicht um das Wiedergeben einer fremden Firma mit Abänderungen, oder gar mit Abänderungen, welche nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden könnten. Vielmehr steht hier lediglich die Verwendung der eigenen Firma zur Bezeichnung eigener Fabrikate in Frage, und zwar der Gebrauch einer Firma, welche eine ganz andere wie der Handelsnamen „A. W. Faber“ ist.

Wenn aber A. W. Faber in seinem Circulare behauptet, nachdem sein seit Jahrzehnten bestehendes Fabrikzeichen „A. W. Faber“ auf Grund des Reichsgesetzes vom 30. Nov. 1874 § 3 Abs. 1 ins Markenschutz-Register eingetragen worden, kennzeichne sich jedes andere den Namen „Faber“

enthaltende Fabrikzeichen als widerrechtliche und ungesetzliche, lediglich auf Täuschung des Publikums beruhende Nachahmung, so beruht diese Behauptung auf einer bedenklichen Begriffsverwirrung. Denn es versteht sich, wie nach dem Reichsgesetze über den Markenschutz, so auch der Natur der Sache nach von selbst, daß zwar der Erwerb eines geschützten Markenrechts gegen den Mißbrauch der betreffenden Marke schützt, dagegen nimmermehr den Anspruch begründen kann, den Gebrauch einer ganz anderen Marke zu verwehren.

Sollte es auch richtig sein, daß, wie das Circular ausführt, die Detailverkäufer und das consumirende Publikum einfach Faberstifte verlangen, während sie dem Vornamen keine Beachtung schenken, so würde hieraus nichts anderes folgen, als daß Detaillisten und Consumenten gut thun würden, besser auf die Waaren-Zeichnungen Acht zu geben, und daß es für A. W. Faber zweckmäßiger wäre, seiner Firmenzeichnung noch eine mehr in die Augen fallende Marke beizufügen. Daß dagegen Johann Faber seine eigene Firma zur Bezeichnung seiner Waare zu gebrauchen, um deßwillen rechtlich oder auch nur moralisch verhindert sein sollte, weil diese Marke bei grober Unachtsamkeit mit einer ganz anderen Firmenzeichnung verwechselt werden kann, erscheint als eine jeden Halts entbehrende Behauptung.

Hiernach steht es, — die an uns gerichtete erste Frage anlangend, — außer jedem Zweifel, daß die vom Hause „Johannn Faber" erzeugten, mit eben dieser Firma versehenen Fabrikate als nach der bestehenden Deutschen Gesetzgebung in vollkommen rechtmäßiger Weise gezeichnet zu betrachten sind.

Hieraus ergiebt sich aber von selbst, wie Herr Lothar von Faber ein Recht darauf nicht hat, daß außer ihm oder seiner Firma kein anderer Fabrikant Bleistifte unter dem Namen Faber erzeuge und verkaufe. Jener im Circulare erhobene Anspruch würde, wenn er begründet wäre, von größter Tragweite sein. Denn es reicht der Schutz, dessen die Firma als

Marke genießt, viel weiter wie derjenige, welcher der Firma als dem Namen, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt, nach Art. 20 des Allg. D. H. zukömmt. Könnte Herr Lothar von Faber verbieten, daß ein anderer Fabrikant Bleistifte unter dem Namen „Faber" erzeuge und verkaufe, so würde er dieses Prohibitionsrecht nicht allein für den Ort, woselbst seine Firma eingetragen ist, sondern für das ganze Deutsche Reichsgebiet, ja unter Umständen selbst fürs Ausland haben. (Markenschutz-Gesetz § 20.) Umsomehr vermißt man im Circular die Begründung eines so maßlosen Anspruchs. Denn es ist die Berufung auf den klaren Wortlaut des Gesetzes um so hinfälliger, als das Markenschutz-Gesetz vom 30. Novbr. 1874 nicht den mindesten Anhalt zur Aufstellung des widersinnigen Satzes giebt, wonach derjenige, welcher das Recht erworben hat, seine Waaren mit seiner Firma zu bezeichnen, berechtigt sein sollte, Anderen die Bezeichnung ihrer Fabrikate mit einer ganz anderen Firma zu untersagen. Es fällt aber in die elementarsten Begriffe, daß A. W. Faber und Johann Faber oder Faber schlechtweg ganz verschiedene Firmen, und nicht weniger ganz verschiedene Marken sind. Ja es unterscheidet sich die Marke „Johann Faber" oder J. F., mit welcher die Firma Johann Faber ihre Waaren und deren Verpackung versieht, ganz deutlich von der Marke „A. W. Faber" oder A. W. F, deren sich das andere Haus bedient, und fällt die Verschiedenheit beider Bezeichnungen um so mehr in die Augen, als Johann Faber seine Fabrikate und deren Verpackung außerdem mit zwei gekreuzten Hämmern kennzeichnet. Wenn dessenungeachtet in Folge grober Unachtsamkeit verschiedene den Namen „Faber" enthaltene Marken verwechselt werden sollten, so vermöchte der Umstand selbstverständlich das von Herrn Lothar von Faber angesprochene exorbitante Recht in keiner Weise zu begründen.

Hiernach ist die an uns gerichtete zweite Frage dahin zu beantworten, daß Herr Lothar von Faber einen Anspruch des Inhalts nicht hat, daß außer ihm oder seiner Firma kein anderer Fabrikant (auch nicht Johann Faber) berechtigt sei,

unter dem Namen „Faber" Bleistifte zu erzeugen und zu verkaufen, und daß die von jenem im Circulare vom 1. Juni 1880 aufgestellte entgegengesetzte Behauptung unwahr ist und eines jeden Grundes entbehrt.

Gegen diesen öffentlich erhobenen Anspruch könnte das Haus Johann Faber nach Maßgabe der Reichscivilprozeß-Ordnung § 231 auf dem Wege der Klage gegen Herrn Lothar von Faber ein Erkenntniß verlangen, durch welches festzustellen wäre, es habe Verklagter das Recht nicht, daß kein anderer neben ihm Bleistifte mit den Namen „Faber" zeichne.

Speditions- und Frachtgeschäft. — Versicherungsgeschäft.

I. Inwiefern tritt der Versicherer als Rechtsnachfolger des Versicherten an dessen Stelle mit seinen Ansprüchen auf Schadensersatz gegen den Spediteur, bezw. Frachtführer desselben?

II. Haftet der Spediteur für den von ihm angenommenen Frachtführer seinem Committenten gegenüber, und in welchem Umfange, insbesondere in dem Falle, wenn sich der Spediteur mit seinem Committenten auf feste Transportsätze geeinigt hat?

III. Wenn der Spediteur seinem Committenten in demjenigen Umfange haftet, in welchem der Frachtführer nach dem Gesetz seinem Contrahenten (dem Spediteur) einsteht, inwieferne erscheint dann eine Beschränkung dieser gesetzlichen Haftung, welche der Spediteur seinem Frachtführer in dem Frachtvertrag einräumt, dem Committenten des Spediteurs gegenüber als eine vertragswidrige, auf welche sich der Spediteur seinem Committenten gegenüber mit Rechtswirkung nicht berufen kann?

IV. Wann ist höhere Gewalt (vis major) im Sinne des Art. 395 Allg. D. H.G.B. anzunehmen?

V. **Frage nach der Verschuldung des Frachtführers bezw. dessen Personals.**

VI. **Hat der Committent des Spediteurs auch ein Klagrecht gegen den von dem Letzteren angenommenen Frachtführer oder steht ihm dasselbe nur seinem Spediteur gegenüber zu?**

Gegenstand des Gutachtens.

Die Fr. Transport- und Glasversicherungs-Actiengesellschaft hatte laut einer General-Police vom 25. November 1878 die Versicherung für sämmtliche Versendungen übernommen, welche die B. Anilin- und Sodafabrik in Ludwigshafen dorthin von Rotterdam flußaufwärts machen würde. Nachdem nun eine solche Sendung von 5000 Ztr. Chili-Salpeter durch Eindringen von Wasser eine nicht unbedeutende Havarie erlitten, wurde die Versicherungs-Gesellschaft rechtskräftig durch Urtheil des Großh. B. Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 17. Februar 1880 zu einer Entschädigung von 16,801 M. 70 Pf. an die B. Anilin- und Soda-Fabrik verurtheilt, und die hiergegen ergriffene Revision durch Urtheil des Reichsgerichts II Civil-Senat vom 11. Mai 1880 verworfen. An dem betreffenden Salpetertransport hatten in verschiedener, später näher zu bezeichnenden Eigenschaft einerseits der Kaufmann und Spediteur Cl. Gr. in Ludwigshafen, andrerseits die Mannheimer Dampfschiffahrts-Gesellschaft Theil genommen.

Beiden hatte die von der B. Anilin- und Soda-Fabrik verklagte Versicherungs-Gesellschaft zur Wahrung eventueller Regreß-Ansprüche den Streit verkündigt. Auch hatte die Verklagte vor Ausgang des gegen sie aus dem Versicherungsvertrag anhängig gemachten Rechtsstreits gegen die beiden Litisdenunciaten zur Unterbrechung der einjährigen Verjährung der Klage gegen Spediteur und Frachtführer (allg. d. Handelsgesetzb. Art. 386 und 408) bei dem Großh. b. Landgericht Mannheim, Kammer für Handelssachen Klage erhoben,

nachdem dieses Gericht durch Beschluß des Reichsgerichts vom 8. Mai 1884 als das zuständige für eine gegen Gr. und die Mannheimer Dampfschiffahrtsgesellschaft anzustellende Klage bestimmt worden war. Dort blieb das Verfahren kraft einer Vereinbarung der Parteien bis zur Erledigung des für dasselbe präjudiciellen Vorprozesses ruhen.

Nachdem jetzt aber die Fr. Transport- und Glas-Versicherungsgesellschaft der B. Anilin- und Soda-Fabrik zum Ersatze des ihr beim Transport der Salpeter-Ladung erwachsenen Schadens rechtskräftig verurtheilt worden, liegt nun die Frage zur rechtlichen Begutachtung vor:

„ob nach Sachlage der Prozeß sowohl gegen „Cl. Gr. als gegen die Mannh. Dampfschiffahrts-„Gesellschaft oder nur gegen Gr. fortgesetzt „werden soll?“

§ 1.

Das thatsächliche Verhältniß.

Die B. Anilin- und Soda-Fabrik in L., welche in Rotterdam 5000 Centner Salpeter sofort abzunehmen hatte, hatte sich mittels Schreibens vom 22. Februar 1879 an den Spediteur Cl. Gr. in L. mit dem Ansuchen gewendet, ihr umgehend den billigsten Frachtsatz anzugeben, zu welchem er den Wassertransport übernehmen könne, und zugleich zu sagen, ob er in der Lage sei, den Schiffsraum in Rotterdam sofort, eventuell bis wann zu stellen. An dem nämlichen Tage erwiederte Cl. Gr. der Anilin- und Soda-Fabrik brieflich, er sei in der Lage den Transport der fraglichen 5000 Centner Salpeter per Schiff von Rotterdam bis Ludwigshafen zu dem Satze von Frcs. 19 p. Sack = 2000 Kgr. incl. Lichterkosten zu übernehmen, und könne der nöthige Schiffsraum sofort oder innerhalb 4 Wochen je nach Belieben der Auftraggeberin gestellt werden. Er bitte um zeitige Zustellung der Bezugsanweisung. Noch an demselben Tage erklärte die B. Anilin- und Soda-Fabrik in einem an Herrn Gr. gerichteten Schreiben, sie sage ihm hiermit den Trans-

port der 5000 Ctr. Salpeter von Rotterdam nach Ludwigshafen zum angegebenen Frachtsatze zu und bitte ihn, sich deswegen mit den Herrn St. und P. ins Benehmen zu setzen.

Nachdem nun Cl. Gr. zur Ausführung des Transports die Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft in Mannheim angenommen, wurde die Waare in Rotterdam auf den dieser Gesellschaft gehörigen Kahn Nr. 3, Schiffer Michel verladen. Der de dato Rotterdam 6. März 1879 ausgestellte Frachtbrief bezeichnete als Verlader die Firma St. und P. in Rotterdam, und als Empfänger Cl. Gr. in Ludwigshafen.

Die Ladung langte in dem gedachten Kahn am 25. März 1879 an dem Ausladungsplatz in L. in der Nähe des Fabriklocals der B. Anilin- und Soda-Fabrik an und sollte am 26. März gelöscht werden. Allein es hatte an diesem Tage die Anilin- und Soda-Fabrik die Mittheilung erhalten, daß in einer Abtheilung des Kahns Wasser eingedrungen und ein Theil der Ladung beschädigt sei.

An dem nämlichen Tage gab Schiffer Michel vor dem Polizei-Commissär der Stadt Ludwigshafen folgende Erklärung ab:

Er habe in dem Schleppkahn Mannheim Nr. 3 für die B. Anilin- und Soda-Fabrik 1926 Ballen Salpeter geladen. Der Kahn sei zum Zwecke des Ausladens von Mannheim, woselbst er lag, durch ein Dampfboot in die unmittelbare Nähe besagter Fabrik geschleppt, und unweit des Ufers durch einen heftigen Windstoß mit solcher Wucht ans Land geworfen worden, daß die Vermuthung nahe gelegen habe, es müsse das Schiff beschädigt worden sein. Doch habe eine sofort durch ihn, wie durch sein Personal vorgenommene Untersuchung keine Beschädigung auffinden lassen.

Nachdem er, Michel, dem Schiffspersonal den Auftrag gegeben, fortgesetzt dem Kahn jede Aufmerksamkeit zuzuwenden, um festzustellen, ob derselbe durch den Anprall ans Land nicht doch leck geworden sei, habe er sich Nachmittags 5 Uhr zur Erledigung seiner geschäftlichen Angelegenheiten nach Mannheim begeben. Von da um 8 Uhr nach Ludwigshafen zurückgekehrt,

habe er gesehen, daß Wasser in den Kahn gedrungen, welches unverweilt entfernt worden sei. Doch sei durch das Wasser, welches in einem Theile des Fahrzeugs eine Höhe von beinahe 5 Fuß erreicht habe, der Salpeter in erheblicher Weise beschädigt worden.

Dieser auf 16,801 M. 76 Pf. veranschlagte Schaden blieb nach Bestand und Betrag unbestritten, und wurde denn auch, wie bereits bemerkt, dessen Ersatz an die B. Anilin- und Soda-Fabrik der verklagten Versicherungs-Gesellschaft rechtskräftig auferlegt.

Ungeachtet der eingetretenen Schädigung der Ladung bezahlte Cl. Gr. der M. Dampfschiffahrtsgesellschaft ihre Frachtgebühren, während die B. Anilin- und Soda-Fabrik den Betrag des von ihr ihrem Contrahenten Gr. Geschuldeten zurückhielt.

§ 2.

Rechtliche Beurtheilung.

A. Inwiefern tritt der Versicherer als Rechtsnachfolger des Versicherten an dessen Stelle mit seinen Ansprüchen auf Schadensersatz gegen den Spediteur, bezw. Frachtführer desselben?

Nachdem die Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actien-Gesellschaft rechtskräftig verurtheilt worden ist, der B. Anilin- und Soda-Fabrik allen Schaden zu ersetzen, welchen sie beim Fluß-Transport der Ladung von 5000 Ctr. Salpeter von R. nach L. erlitten hat, steht es außer Zweifel, daß die Anilin- und Soda-Fabrik den Ersatz eben dieses Schadens weder ganz noch theilweise von denjenigen oder einem derjenigen verlangen kann, welche an dem Transport der havarirten Ladung Theil genommen haben. Hatte demnach die Anilin- und Soda-Fabrik in L. wegen der Beschädigung der Salpeter-Ladung an sich Ersatz-Ansprüche an Gr. oder an die M. Dampfschiffahtsgesellschaft oder an Beide, so sind diese Ansprüche als auf den Versicherer, d. h. die Fr. Transportversicherungs-Actiengesellschaft von dem Augenblick an übergegangen zu betrachten, in welchem

Letztere der Beschädigten den vollen, rechtskräftig festgestellten Schadens-Betrag vergütet haben wird.

In diesem Sinn besagen die allgemeinen Versicherungs-Bedingungen der F. Transport- und Glas-Versicherungs-Actien-Gesellschaft in § 26:

„Hat die Gesellschaft einen entstandenen Schaden ver-
„gütet, so tritt sie in alle Rechte ein, welche rücksichtlich
„desselben den Versicherten gegen Dritte zustehen, ohne
„daß es einer besonderen Cession bedarf.“

Auch ohne diese Versicherungs-Bedingung könnte aber die Fr. Versicherungs-Gesellschaft, sobald sie die ihr rechtskräftig auferlegte Schadensersatzsumme bezahlt haben wird, kraft Rechtssatzes tanquam ex jure cesso, die der versicherten Fabrik gegen die beim Transport Betheiligten zustehenden Klagen ausüben, — was um deswillen wichtig ist, weil die Versicherungs-Bedingungen an sich und im Verhältniß zwischen dem Assecurateur und dem Versicherungsnehmer, nicht aber gegenüber Dritten, eine rechtliche Wirksamkeit zu äußern geeignet sind.

So hat denn die Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Gesellschaft schon vor ihrer rechtskräftigen Verurtheilung in omnem eventum sowohl gegen Gr. als gegen die Mannheimer Dampfschiffahrts-Gesellschaft Klage erhoben, während es sich nunmehr darum handelt, ob der ruhen gebliebene Prozeß nur gegen Gr. oder auch gegen die M. Dampfschiffahrtsgesellschaft fortgesetzt werden soll.

In Beantwortung dieser Frage ist

B. Die rechtliche Stellung Beider hinsichtlich des betreffenden Flußtransports festzustellen.

Die B. Anilin- und Sodafabrik in L. stand in Beziehung auf den Transport der 5000 Ctr. Salpeter nur zu Cl. Gr. in einem directen Vertragsverhältniß. Sie hatte sich an diesen und nur an diesen mit dem Ansuchen gewendet, ihr den billigsten Frachtsatz anzugeben, und demselben den Transport zu den Frachtsätzen, die er bezeichnet hatte, zugesagt. Frägt man nun nach der rechtlichen Stellung, welche Cl. Gr. auf Grund des brieflich unterm 22. Februar 1879 mit

der B. Anilin- und Soda-Fabrik geschlossenen Vertrags einnahm, so sind sowohl das Landgericht Mannheim, Kammer für Handelssachen, wie das Großh. B. Oberlandesgericht in Karlsruhe davon ausgegangen, daß jener in der Eigenschaft als Spediteur beim betreffenden Transport betheiligt war, — eine Auffassung, welcher das Reichsgericht in seinen Entscheidungsgründen beigetreten ist.

Indem nun der Spediteur in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt,

Allg. d G. Art. 379,

der Frachtführer dagegen den Transport von Gütern zu Lande und auf Flüssen ausführt,

Allg. d. G. Art. 390,

läßt die am 22. Febr. 1879 zwischen der B. Anilin- und Soda-Fabrik und Cl. Gr. gepflogene Correspondenz Zweifeln Raum, ob dieser sich jener bezüglich des Salpeter-Transports als Spediteur oder als Frachtführer verpflichtete. Denn es ist in diesem Briefwechsel einfach von Uebernahme des Wassertransports von Rotterdam bis Ludwigshafen zu gegebenen Frachtsätzen, und von der Stellung des zum Transport nöthigen Schiffsraums die Rede, Ausdrücke, aus denen nicht zu entnehmen ist, ob Gr. sich der B. Anilin- und Soda-Fabrik zur Abschließung der die Transport-Ausführung bezweckenden Verträge, d. h. als Spediteur verpflichten wollte, oder ob er die Transport-Ausführung selbst übernahm, d. h. als Frachtführer contrahirte.

Zwar steht es fest, daß Gr. nicht selbst den Salpeter-Transport ausführte, indem dieser Transport auf Veranlassung jenes durch die Mannheimer Dampfschiffahrts-Actiengesellschaft geschah. Allein es spricht dieser Umstand für sich allein noch nicht dafür, daß Gr. sich für die in Frage stehende Waaren-Versendung als Spediteur verpflichtet hatte, weil der Frachtführer sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports anderer Personen (Zwischenfrachtführer) auf seine Gefahr bedienen kann (Allg. d. H. Art. 400 und 401 Abs. 1.) Wenn aber unerachtet des Zweifels, welchem der zwischen der

B. Anilin- und Soda-Fabrik und Cl. Gr. brieflich abgeschlossene Vertrag in dieser Hinsicht Raum läßt, anzunehmen ist, daß Letzterer als Spediteur bei dem Transport der 5000 Ctr. Salpeter betheiligt war, so spricht für diese Annahme die Thatsache, daß der d. d. Rotterdam 6. März 1878 ausgestellte Frachtbrief nicht Gr., sondern die Mannheimer Dampfschiffahrtsgesellschaft als Frachtführer bezeichnete, während daselbst St. und P. in Rotterdam als Verlader und Gr. als Empfänger angegeben war. Hiernach ist denn davon auszugehen, daß Gr. sich durch den am 22. Febr. 1879 abgeschlossenen Vertrag der B. Anilin- und Soda-Fabrik bezüglich des Transports der 5000 Ctr. Salpeter von Rotterdam nach Ludwigshafen als Spediteur verpflichtet hat, und daß jener zur Ausführung des Transports die Mannh. Dampfschiffahrtsgesellschaft als Frachtführer und nicht als Zwischenfrachtführer annahm.

Der betreffende Speditionsvertrag war aber kein gewöhnlicher, vielmehr ein solcher, bei welchem sich die Contrahenten über bestimmte Sätze der Transportkosten einigten.

Zu Frage II:

C. In einem solchen Falle haftet nun der Spediteur nicht allein, wie dies wohl die Regel ist, für jeden Schaden, welcher aus der Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Empfangnahme und Aufbewahrung des Gutes, bei der Wahl der Frachtführer, Schiffer oder Zwischenspediteure und überhaupt bei der Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter entsteht,

Allg. d. H. Art. 380,

sondern es geht dessen Haftung weiter.

Wenn ein Spediteur, sagt das allg. d. H. Art. 384 mit dem Absender oder Empfänger über bestimmte Sätze der Transportkosten sich geeinigt hat, so haftet er in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer.

Vorerst ist man darüber einverstanden, daß das Gesetz bei Bestimmung der Voraussetzungen der strengeren Haftung des Spediteurs insofern ungenau gefaßt ist, als es von einer Einigung des Spediteurs über bestimmte Sätze der Transportkosten mit dem Absender oder Empfänger spricht, während vielmehr eine derartige Vereinbarung zwischen dem Spediteur und seinem Committenten gemeint ist.

v. Hahn, Commentar. zu Art. 384, § 12.
Kayßner, allg. d. H. zu Art. 384, 2.

Da nun Gr. mit der B. Anilin- und Soda-Fabrik mit welcher er den Speditions-Vertrag abschloß, also mit seinem Committenten für den Transport 19 Frcs. per Last d. h. per 2000 Kilogr. vereinbarte und in einer derartigen Festsetzung der Transportkosten eine Verabredung bestimmter Sätze derselben im Sinne des Gesetzes zweifellos liegt, andererseits eine entgegenstehende Vereinbarung nicht getroffen wurde, so sind im vorliegenden Falle die Voraussetzungen der strengeren Haftung des Spediteurs, wie sie das allg. d. H. Art. 384 erfordert, gegeben. Cl. Gr. haftet demnach in seiner Eigenschaft als Spediteur bezüglich der in Frage stehenden Salpeter-Versendung für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer. An dem bezüglichen Transporte betheiligten sich jedoch keine Zwischenspediteure, sondern nur ein Frachtführer, welcher vom Spediteur Gr. angenommen war, nämlich die Mannheimer Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft.

Demgemäß haftet Gr. hinsichtlich dieses Frachtführers nicht allein für culpa in eligendo, sondern für den Frachtführer selbst. Gr. steht mit a. W. seinem Committenten, und beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger in derselben Weise ein, wie der von ihm angenommene Frachtführer, die Mannh. Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft ihm selbst haftet.

Entscheidung des R.O.H.G. Bd. II. S. 248 ff.
Anschütz und Völderndorf, Comment. B. III. S. 418.

Der Spediteur nämlich, welcher sich mit seinem Committenten über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt hat, ist leicht geneigt, den Transport, da ihm die Niedrigkeit der Frachtgebühren zu Statten kommt, möglichst wohlfeil zu machen, und sich demnach unzuverlässiger Transportmittel zu bedienen. Der sich hieraus für den Committenten ergebenden Gefahr kann nur dadurch begegnet werden, daß man den Spediteur für die Agenten, durch welche er den Transport bewerkstelligen läßt, haftbar macht.

Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIV. S. 278.

Hat demnach eine besondere Vereinbarung zwischen dem Spediteur und dem von ihm angenommenen Frachtführer bezüglich der Haftung dieses Letzteren nicht stattgefunden, so kommt hier nur die gesetzliche Haftung des Frachtführers in Betracht (allg. d. H Art. 395, 396.) Es haftet m. a. W. der Spediteur seinem Committenten, mit welchem er sich über bestimmte Transportsätze einigte, in dem Umfang, in welchem ihm der Frachtführer nach Maaßgabe des Gesetzes einsteht.

v. Hahn, Comment. zu Art. 384 § 2.

Zu Frage III.

D. Hat dagegen der Spediteur in dem von ihm abgeschlossenen Frachtvertrage die Haftung des Frachtführers auf ein geringeres als das gesetzliche Maaß beschränkt, so haftet jener in demselben Umfang seinem Committenten.

Puchelt, Comment. 2. Ausg. zu Art. 384. 1.

Doch kann der Spediteur, welcher sich mit seinem Committenten über feste Transporsätze geeinigt hat, seine Haftung gegenüber diesem nicht dadurch beschränken, daß er ohne dessen Vorwissen oder den Eintritt besonderer Umstände im Frachtvertrag die Haftung des Frachtführers auf ein geringeres Maaß als das gesetzliche beschränkt. Eine solche Beschränkung ist im Verhältniß des Spediteurs zu seinem Committenten eine vertragswidrige.

Auch versteht es sich von selbst, daß an der Haftung des Spediteurs gegenüber dem Committenten der Umstand nichts zu ändern vermag, daß jener nachträglich, d. h. nach eingetretener

Havarie seine Ansprüche an den Frachtführer durch eine ausdrückliche Erklärung oder stillschweigend durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht aufgibt. —

Der Spediteur, welcher sich über feste Sätze der Transportkosten mit seinem Committenten einigte, haftet diesem, wie ihm sein Frachtführer nach Maaßgabe der Bedingungen des Transportvertrags oder in Ermangelung solcher nach Maaßgabe des Gesetzes einsteht, ohne daß er an diesen Beziehungen zu seinem Contrahenten durch eigenmächtige Disposition, welche er gegenüber seinem Frachtführer vorgenommen, etwas zu ändern vermöchte. Dies steht um so mehr außer Zweifel, als das allg. d. H. Art. 408 Abs. 1 mittelst der Bestimmung:

„Durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht „erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer"

nur zu Gunsten dieses Letzteren, und nicht zum Vortheil des Spediteurs verfügt hat.

Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VIII. S. 195.

Der Anspruch des Committenten gegen den Spediteur ist aber durch eine Vorausklagung des Frachtführers Seitens des Ersteren nicht bedingt. Der Spediteur ist unmittelbarer Schuldner desjenigen, mit welchem er den Speditionsvertrag abgeschlossen, wenn er sich auch durch die Uebernahme der Transportbesorgung gegen bestimmte Sätze einer strengeren, wie der regelmäßigen Haftung unterworfen hat. Auch braucht sich der Committent umsoweniger vom Spediteur an dessen Frachtführer verweisen zu lassen, als er gegen den Letzteren, mit welchem nicht er, sondern der Spediteur contrahirte, an sich keine Klage hat.

v. Hahn, Comment. zu Art. 384 § 9 (S. 403.)

Auschütz und Völderndorf, Comment. Bd. IV. (S. 359).

Keyßner, das allg. d. H. zu Art. 384 nr. 4 a. E.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß der B. Anilin- und Soda-Fabrik wegen der Beschädigung, die sie an der Salpeter-Sendung von 5000 Ctr. erlitten, eine Schadens-Ersatzklage gegen Cl. Gr. als den Spediteur, welcher die Sorge für den betreffenden Transport übernommen hatte, zusteht, und daß diese Klage von einer vorherigen Ausklagung des von dem

Spediteur angenommenen Frachtführers, der Mannh. Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft ganz und gar unabhängig ist.

Nach den vorausgeschickten Ausführungen ist aber die betreffende Klage als auf den Assecurateur, die Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actien-Gesellschaft übergegangen zu betrachten, sobald diese den ihr rechtskräftig auferlegten Schadensersatzbetrag an die B. Anilin- und Soda-Fabrik vergütet haben wird. Daß hiernach der Fortsetzung des von der Fr. Trans-Versicherungs-Gesellschaft gegen Cl. Gr. bereits erhobenen Rechtsstreits keinerlei rechtliches Hinderniß entgegensteht, unterliegt keinem Zweifel.

Das Materielle dieses Prozesses anlangend, so haftet Gr. der Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actiengesellschaft als Rechtsnachfolgerin der B. Anilin- und Soda-Fabrik wegen der in Frage stehenden Salpeter-Sendung in der nämlichen Weise, wie ihm sein Frachtführer die Mannh. Dampfschiffahrtsgesellschaft einstehen muß, eine Haftung, welche nach dem früher Bemerkten davon unabhängig ist, ob Gr. sich seiner Ansprüche an seinen Frachtführer begeben hat, oder nicht begeben hat.

Auf der Rückseite des Frachtbriefs vom 6. März 1879 auf welcher die Verladungs-Bedingungen der Mannheimer Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft abgedruckt sind, findet sich (§ 7) die Bestimmung:

„Für Feuer- und Wasserschaden, sowie für sonstige „Gefahren aller Art beim Ein- oder Ausladen, während „des Transports, und während des Lagerns in den Schiffsräumen und auf dem Verdeck der Schiffe oder auf den „Werften, übernimmt die Gesellschaft in keinem Falle eine „Verantwortlichkeit, da dieselben als von unwiderstehlicher „Gewalt herrührend anzusehen sind, es sei denn, daß ihr „beziehungsweise ihrem Dienstpersonale, ein freiwilliges „Verschulden als unmittelbare Ursache der entstandenen „Beschädigung oder eines etwaigen Verlustes nachgewiesen „wird.“

Wenn nun auch nach dem Frachtbriefe Gr. lediglich als Empfänger genannt ist, während St. und P. daselbst als Verlader bezeichnet sind, so unterliegt es keinem Zweifel, daß Gr. es war, welcher den Frachtvertrag mit der Mannh. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft abgeschlossen und diese angewiesen hatte, die Ladung von St. und P. entgegenzunehmen.

Sonach liegt hier ein Fall vor, in welchem der Spediteur durch den Frachtvertrag die Haftung des Frachtführers auf ein geringeres, wie das gesetzliche Maaß beschränkt hat.

Indem aber Gr. den von ihm angenommenen Frachtführer der gesetzlichen Haftung ex recepto entband, und dessen Einstehen bloß für Verschulden vereinbarte, that er dies ohne Vorwissen seines Committenten, und ohne daß er zu einer solchen Beschränkung durch besondere Umstände veranlaßt worden wäre. Derjenige aber, welcher sich über bestimmte Sätze der Transportkosten mit einem Spediteur einigt, und diesen sich hierdurch für den von demselben angenommenen Frachtführer haftbar macht, ist offenbar zur Annahme befugt, — wenn in dieser Hinsicht nichts anderes vereinbart ist — daß ohne sein Vorwissen, oder den Eintritt besonderer Umstände, der Spediteur den Frachtführer der gesetzlichen Haftung durch den Frachtvertrag nicht entbindet. Ist dies doch geschehen, so erscheint die betreffende Beschränkung, ungeachtet ihrer Wirksamkeit im Verhältniß des Spediteurs zum Frachtführer, als eine im Verhältniß des Ersteren zu seinem Committenten unwirksame.

Demzufolge ist anzunehmen, daß Gr. der B. Anilin- und Soda-Fabrik, beziehungsweise deren Rechtsnachfolgerin in dem Umfang haftet, wie ihm sein Frachtführer haften würde, wenn er ihn nicht der gesetzlichen Haftung in einer seinem Committenten gegenüber vertragswidrigen Weise entbunden hätte.

Es haftet mit a. W. Gr. der Fr. Versicherungs-Actien-Gesell-
„schaft für den Schaden, welcher durch Verluste oder Be-
„schädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur
„Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, [illegible]
„der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt
(vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit

„Guts, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden,
„gewöhnliche Leckage u. dgl. oder durch äußerlich nicht
„erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.“
Allg. d. H. Art. 395 Abs. 1.

Nach Lage der Sache könnte aber Gr. seine Haftpflicht für die Beschädigung des Frachtguts jedenfalls nur durch den Beweis abwenden, daß der Schaden durch höhere Gewalt entstanden sei, da von einer Beschädigung durch die natürliche Beschaffenheit der Waare, oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung im vorliegenden Falle keine Rede ist.

Zu Frage IV. oben: (Begriff der höheren Gewalt.)

E. Die Beschädigung der Salpeter-Ladung wurde nach den durch andere Zeugnisse bestätigten Angaben des Schiffers Michel, welcher den Transport für die Mannheimer Dampfschleppschifffahrtgesellschaft ausführte, dadurch verursacht, daß der die Ladung enthaltende Kahn, welcher durch ein Dampfboot von Mannheim nach Ludwigshafen geschleppt wurde, dort unweit des Ufers durch einen heftigen Windstoß mit solcher Wucht ans Land geworfen wurde, daß er Wasser fing.

Ist nun auch der Begriff der höheren Gewalt in Beziehung auf die Haftung des Frachtführers weder durch das allg. d. H.B. bestimmt, noch durch die diesem Gesetz vorausgegangenen Berathungen klargestellt, so steht es doch außer Zweifel, daß als vis major nur solche Ereignisse zu betrachten sind, deren Eintritt oder Einwirkung durch die Umsicht und Sorgfalt des Frachtführers nicht abzuwenden waren.

Entsch. des R.O.H.G. Bd. VIII. S. 161.

Wenn aber auch die Frage, ob die Abwendung schädigender Einwirkung eines Naturereignisses durch geeignete Vorkehrungen möglich war, vom Richter nach vernünftigem Ermessen zu beantworten ist,

Goldschmidt, in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. III. S. 115.

so dürfte doch unbedenklich anzunehmen sein, daß das durch einen Windstoß veranlaßte Anprallen eines im Schlepptau be-

findlichen Kahns an das Flußufer durch die gewöhnlichsten Vorsichtsmaßregeln hätte abgewendet werden können.

Daher kann sich der für seinen Frachtführer haftende Spediteur Gr. gegenüber der Klage auf Entschädigung, welche Seitens der Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actien-Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der B. Anilin- und Soda-Fabrik gegen ihn angestellt worden ist, mit irgend welcher Aussicht auf Erfolg auf höhere Gewalt nicht berufen.

Zu Frage V. oben: (Verschulden des Frachtführers beziehungsweise dessen Personals.)

F. Wollte man aber davon ausgehen, es hafte Gr. seinem Committenten und beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger nur in dem Maaße wie ihm selbst die Mannh. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft auf Grund des mit dieser abgeschlossenen Frachtvertrags einzustehen habe, d. h. es hafte Gr. der Fr. Actiengesellschaft nur insoferne, als dem Frachtführer, beziehungsweise dessen Dienstpersonal ein freiwilliges Verschulden als unmittelbare Ursache der entstandenen Beschädigung nachgewiesen werde, so würde auch unter einer solchen Voraussetzung Gr. einer Verurtheilung zum Schadensersatze nicht zu entgehen vermögen.

Die Schädigung der Ladung ist dadurch entstanden, daß der Kahn, in welchem sie enthalten war, durch einen Windstoß ans Land geworfen und leck wurde. Ein solcher durch einen Windstoß veranlaßter Anprall eines beladenen Fahrzeugs, welches von einem Flußufer an das gegenüberliegende durch einen Schleppdampfer geschleppt wurde, hätte aber zweifellos durch die allergewöhnlichsten Vorsichtsmaßregeln verhindert werden können. Daß dem Anprallen und Leckwerden des Kahnes nicht vorgebeugt wurde, ist nur einem groben Verschulden des Schiffers und des sonstigen Schiffspersonals, für welche Leute die M. Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft nach dem Gesetz sowohl (allg. d. H. Art. 400), wie nach ihren Verladungsbedingungen (§ 7) einzustehen hat, beizumessen.

Allein auch nachdem der Kahn ans Land geworfen war und hierdurch leck geworden war, thaten weder der Schiffer

noch seine Leute dasjenige, was zur Abwendung des Eindringens des Wassers und der dadurch erfolgten Beschädigung des verladenen Salpeters die einfachste Vorsicht erforderte.

So verließ der Schiffer Michel, nach seiner eigenen Erklärung, bald nachdem sich der Unfall ereignet hatte, den Kahn, indem er sich zur Erledigung von Geschäften nach Mannheim begab, und von dort erst nach 3 Stunden zurückkehrte. Er that dies, obwohl er wußte, daß eine Beschädigung des Kahns, trotzdem sie bei einer ersten Besichtigung nicht entdeckt worden war, nicht unmöglich sei. Daß Michel nämlich an eine solche Möglichkeit dachte, ergiebt sich aus dessen Aeußerung, er habe dem Schiffspersonal den Auftrag gegeben, fortgesetzt dem Kahn jede Aufmerksamkeit zuzuwenden, um festzustellen, ob derselbe durch den Anprall ans Land nicht doch leck geworden sei.

Diese Besorgniß erzeigte sich denn als eine begründete da Michel bei seiner Rückkehr fand, daß Wasser in das Fahrzeug eingedrungen war. Auch ergab sich, daß das Schiffspersonal trotz der von dem Schiffer an dasselbe gerichteten Mahnung seine Pflicht nicht oder nicht in vollem Umfange erfüllt hatte, da sonst ein Eindringen des Wassers in den Kahn bis auf die Höhe von beinahe 5 Fuß nicht möglich gewesen wäre. Hätte Michel das Fahrzeug nicht verlassen, vielmehr dasselbe unausgesetzt überwacht, und das Schiffspersonal zur vollen Erfüllung seiner Pflicht angehalten, so wäre die Ladung nicht oder nicht in dem Maaß, wie dies geschehen, beschädigt worden.

§ 3.

Resultate der rechtlichen Beurtheilung (§ 2.)

Unzweifelhaft ist es, daß Cl. Gr. der Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actiengesellschaft als Rechtsnachfolgerin der B. A. und S. Fabrik zum Ersatz des Schadens, welchen die Salpeter-Ladung bei dem Transport erlitten hat, verurtheilt werden muß.

a. Weil Gr., nachdem er sich mit seinem Committenten auf feste Transportsätze geeinigt hat, diesem und beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger für den von ihm angenommenen Frachtführer, die M. Dampfschiffahrtsgesellschaft, haftet.

b. Weil er ferner in dem Umfang haftet, in dem der Frachtführer nach dem Gesetz seinem Contrahenten einsteht, da die Beschränkung der Haftung, wie sie durch Gr. mittelst des Frachtvertrags der M. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft eingeräumt wurde, nach der Sachlage dem Committenten Gr.'s gegenüber als eine vertragswidrige erscheint.

c. Letzterer demnach seinem Committenten und beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger für jeden Schaden einsteht, da ein Eintritt der Beschädigung in Folge höherer Gewalt nicht nachweisbar ist.

d. Weil endlich, wenn man annehmen sollte, es hafte Gr. nur in dem Umfange, wie ihm sein Frachtführer laut des Frachtvertrags einzustehen hatte, die Ladung in Folge Verschuldens der Leute des Frachtführers beschädigt worden ist.

§ 4.

Rechtliche Beurtheilung. (Fortsetzung.)

Zu IV. Klagrecht des Committenten des Spediteurs gegen diesen allein oder auch gegen den von diesem angenommenen Frachtführer?

Wenn es nach den vorausgeschickten Ausführungen feststeht, daß die Fr. Actiengesellschaft als Rechtsnachfolgerin der B. A. und S. Fabrik wegen der Beschädigung der Salpeter-Ladung eine Klage auf Schadensersatz gegen Cl. G. als Spediteur hat, — daß ferner die Klägerin wegen des betreffenden Schadensersatzanspruchs sich nicht zunächst an einen andern verweisen zu lassen braucht, und daß endlich jenes Klagrecht sachlich in dem Maaß begründet ist, daß eine Verurtheilung Gr.'s für

zweifellos erachtet werden muß, so entsteht im Weiteren die Frage, wie es sich mit der Ausklagung der Mannheimer Dampfschiffahrts-Gesellschaft verhält.

Diese Letztere ist, wie schon bemerkt, von der Fr. Transport- und Glasversicherungs-Actiengesellschaft in omnem eventum Behufs der Abwendung der einjährigen Klagen-Verjährung zugleich mit Gr. bereits verklagt worden. Daher die Frage, ob der erhobene Rechtsstreit nicht allein gegen Gr., sondern auch gegen die Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft fortzusetzen ist.

Die letztgenannte Gesellschaft war bei dem Transport des Salpeters von R. nach L. als Frachtführer betheiligt. In dieser Eigenschaft war sie von Gr., welcher die Besorgung des Transports als Spediteur übernommen hatte, angenommen worden. Sie steht demnach lediglich zu Gr. in einem directen Vertragsverhältniß. Diesem gegenüber wurde sie aus dem Transport-Vertrag berechtigt und verpflichtet.

Wenn allgemeinen Grundsätzen zufolge der Frachtführer aus dem Frachtvertrag nur seinem Mitcontrahenten haftet, — eine Regel, die allerdings eine Ausnahme zuläßt, — so würde, falls im gegebenen Falle eine solche Ausnahme nicht vorliegen sollte, die M. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft für die bei dem Transport eingetretene Beschädigung der Ladung nur Gr. und nicht der B. A. und S. Fabrik, zu welcher sie in keiner rechtlichen Beziehung stand, verantwortlich sein.

Folgeweise hätte die Fr. Transport- und Glas-Versicherungs-Actiengesellschaft gegen die Mannheimer Gesellschaft keine Klage, da sie in der Eigenschaft eines Assecuradeurs wie gegen den Spediteur so auch gegen den Frachtführer nur insofern als klagberechtigt erscheint, als sie die Rechte ihres Versicherungsnehmers, der B. A. und S. Fabrik tamquam ex jure cesso geltend zu machen befugt ist.

Allerdings ist es nun möglich, daß ein Anderer, wie derjenige, welcher mit dem Frachtführer contrahirte, gegen diesen die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte in eigenem Namen geltend zu machen berechtigt ist, und daher auf Ersatz des Schadens, von welchem die Ladung betroffen wurde, klagen

kann. Die Frage ist sonach die, ob ein solcher Fall zu Gunsten der B. A. und S. Fabrik, deren Schadensersatzansprüche als auf die Fr. Transport- und Glasversicherungs-Actiengesellschaft übergegangen zu betrachten sind, vorliegt.

Das Allg. D. H. bestimmt (Art. 405):

„Nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ab-„lieferung ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger „berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte „gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Fracht-„brief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer „geltend zu machen, sei es, daß er hierbei in eigenem „oder in fremdem Interesse handle."

Entsch. des R.O.H.G. Bd. IV. S. 359 flgd.

Allein es treffen die Voraussetzungen, unter denen das Gesetz einem Anderen, wie dem Mitcontrahenten des Frachtführers Rechte gegen diesen Letzteren aus dem Frachtvertrage einräumt, hier nicht zu.

Vorerst erklärt nämlich das Allg. D. H. Art. 405, es sei nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ablieferung der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger zur Geltendmachung jener Rechte befugt. Nun war zwar die Ladung in Wirklichkeit für die B. A. und S. Fabrik, welche den Salpeter in Rotterdam abzunehmen und sich deshalb an Cl. Gr. gewendet hatte, bestimmt; dessenungeachtet war aber Gr. im Frachtbrief, in welchem mit keinem Worte die B. Anilin- und Soda-Fabrik erwähnt ist, als Empfänger bezeichnet. Die B. Anilin- und Soda-Fabrik war sonach nicht Empfänger in dem durch das Allg. D. H. Art. 405 vorausgesetzten Sinne.

Alsdann ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger nur gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, befugt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen den Frachtführer geltend zu machen. Jene Verpflichtungen hat aber die B. Anilin- und Soda-Fabrik nicht erfüllt, indem es vielmehr Gr. war, welcher der M. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft deren Frachtgebühren bezahlte, ohne daß er diese

Zahlung im Auftrag und Namen seines Committenten gemacht hätte.

Findet hiernach die Bestimmung des **Allg. D. H. Art. 405** zum Vortheil der B. Anilin- und Soda-Fabrik keine Anwendung, so hat es bei der Regel sein Bewenden, wonach der Frachtführer nur seinem Mitcontrahenten aus dem Frachtvertrag verpflichtet ist, und folgeweise diesem allein für die Beschädigung der Ladung haftet. — Hat aber die B. Anilin- und Soda-Fabrik gegen die M. Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft als Frachtführer keinerlei Rechte aus dem Frachtvertrag erworben, so entbehrt ihr Rechtsnachfolger, die Fr. Transport-Versicherungs-Actiengesellschaft einer Klage gegen die Mannheimer Gesellschaft.

Hierzu kommt noch eine andere Erwägung: Nach dem **Allg. D. H.** Art. 408 Abs. 1 erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht.

Gr., welcher im Frachtbrief als Empfänger bezeichnet war, hat dem Frachtführer der Mannheimer Gesellschaft die Fracht bezahlt. Auch dürfte nicht ohne Grund in der Thatsache, daß er die Auslieferung der nach L. verbrachten Ladung an die B. Anilin- und Soda-Fabrik gestattete, eine Annahme des Guts von seiner Seite gefunden werden.

Ist aber durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer erloschen, so ist gegen denselben von keinerlei Seite eine Klage aus dem Frachtvertrag möglich.

Das Ergebniß dieser Erörterungen läßt sich dahin zusammenfassen:

> Ein Klagrecht der B. Anilin- und Soda-Fabrik und bezw. ihrer Rechtsnachfolgerin gegen die Mannheimer Gesellschaft wegen der Beschädigung der Salpeter-Ladung erscheint von vornherein als nicht begründet. Sollte man aber anderer Meinung sein, — wozu es an jedem Anhalt fehlt, — so dürfte einer

solchen Klage die Einrede entgegenstehen, daß jeder Anspruch gegen den Frachtführer erloschen sei.

Sonach geht unser rechtliches Gutachten auf die gestellte Frage,

„ob nach Sachlage der Prozeß sowohl gegen Cl. Gr
„als gegen die Mannheimer Dampfschleppschiffahrts-
„Gesellschaft oder nur gegen Gr. fortgesetzt werden soll,"

dahin, daß die letztere Alternative allein als gerechtfertigt erscheint. —

Commissionsgeschäft, insbesondere Einkaufscommission, Pfandrecht und Distractionsrecht am Commissionsgut. Kaufmännisches Retentionsrecht.

I. **Darf der Commissionär, welchem mehrere Forderungen gegen den Committenten zustehen, und welcher nur wegen einer derselben die gerichtliche Verkaufsbewilligung nach Maaßgabe des Art. 375 in Verbindung mit Art. 310 des Allg. D. H.-G. nachgesucht und erlangt hat, die betreffenden Gegenstände wegen einer anderen Forderung zum Verkauf bringen, wenn in Beziehung auf dieses andere Guthaben der Verkauf ein gerichtlich nicht bewilligter ist?**

II. **Wird die nach Maaßgabe der Art. 375 und 310 des Allg. D. H.-G. erwirkte gerichtliche Verkaufsbewilligung nicht dadurch hinfällig, daß die Forderung, für welche sie nachgesucht und erlangt worden, vor dem Verkaufsvollzug bezahlt wird, und steht hier der wirklichen Zahlung die Realoblation des Geschuldeten gleich?**

III. **Unter welchen Voraussetzungen kann der Verkäufer, also auch der Einkaufskommissionär als Selbstverkäufer von der ihm nach Art. 343 Allg. D. H.-G. gestatteten Ver-**

kaufs-Selbsthülfe Gebrauch machen? Darf der Verkäufer insbesondere hierzu schreiten, wenn der Verzug des Käufers rücksichtlich der Empfangnahme der Waare vor dem Weiterverkauf purgirt war, der Verkäufer sich aber wegen anderweiter Forderungen an den Käufer aus dem etwaigen Mehrerlös seine Befriedigung suchen will?

IV. Unter welchen Voraussetzungen kann der Verkäufer also auch der Einkaufskommissionär als Selbstverkäufer nach Maaßgabe des Art. 354 Allg. D. H. die Weiterveräußerung der Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 cit. vornehmen und Schadensersatz fordern? Darf der Verkäufer dies noch insbesondere dann, wenn der Käufer seinen Verzug hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises vor der Weiterveräußerung purgirt hat? Darf der Verkäufer sodann ferner von dem Recht der Weiterveräußerung der Waare nur Gebrauch machen zu dem Zweck der Deckung wegen derjenigen Schadenersatzansprüche, welche ihm aus dem Verzuge des Käufers hinsichtlich der Kaufpreis-Zahlung erwachsen, oder auch wegen solcher Forderungen, welche in gar keiner Beziehung zu der verkauften und vom Verkäufer weiter zu veräußernden Waare stehen?

V. Die Voraussetzungen für das in den Art. 374 und 375 Allg. D. H. vorgesehene Pfandrecht und Distractionsrecht des Commissionärs am Commissionsgut:

a) Die eben citirten Artikel, welche ein Pfandrecht des Commissionärs an dem Commissionsgut für gewisse Forderungen anerkennen und regeln, beziehen sich insoweit nur auf solches Commissionsgut, welches nicht im Eigenthum des Commissionärs ist.

b) Der Einkaufscommissionär erwirbt nach richtiger Ansicht durch Uebernahme der von ihm für fremde Rechnung gekauften Waaren sich und nicht dem Committenten das Eigenthum, welches auf diesen nur

durch Besitzesübertragung Seitens des Commissionärs übergeht.

c. Der Einkaufscommissionär, welcher in Anwendung des Art. 376 cit. das Gut, welches er einkaufen soll selbst als Verkäufer liefert, bleibt Eigenthümer desselben, so lange als er dessen Besitz nicht auf den Committenten übertragen hat.

d. Der Art. 375 Allg. d. H. bezieht sich nach richtiger Ansicht auch auf das Pfandrecht des Commissionärs am Commissions-Gut; er bildet lediglich eine Fortsetzung des Art. 374 cit., indem er eine Consequenz des daselbst anerkannten Pfandrechts ausspricht und insbesondere den Zweck hat, die Geltendmachung dieses Rechts zu regeln.

e. Nach anderer Meinung soll sich Art. 375 cit. sowohl auf den Fall beziehen, in welchem dem Commissionär ein Pfandrecht am Commissionsgute zusteht, wie auch auf denjenigen, daß er Eigenthümer das Commissionsguts ist.

f. Nimmt man nach dieser Meinung an, daß nach Maaßgabe des Art. 375 der Einkaufscommissionär an dem in seinem Eigenthum befindlichen Commissionsgut zwar kein Pfandrecht, wohl aber ein Distractionsrecht zum Zweck seiner Deckung für gegebene Forderungen hat, so entsteht die Frage, ob abgesehen von der hier erforderten nicht nachgesuchten und nicht erlangten gerichtlichen Verkaufsbewilligung der Commissionär, welcher in Anwendung des Rechts des Art. 376 die einzukaufende Waare als Selbstverkäufer liefert, berechtigt erscheint, die fraglichen Waaren als Commissionsgut für Rechnung des Committenten zu verkaufen.

g. Da der Einkaufs-Commissionär, welcher Selbstverkäufer ist, nicht, wie dies der Preuß. Entwurf Art. 294 Abs. 3 wollte, gegenüber seinem Auftraggeber zugleich die Rechte eines Commissionärs und diejenigen eines Verkäufers hat, vielmehr nach der Fassung

des Allg. D. H. Art. 376 im Allgemeinen nur die Befugnisse eines Verkäufers, allerdings mit der Modification hat, daß er seinem Käufer und Committenten außer dem Börsen- oder Marktpreise des Kaufobjects die gewöhnliche Provision, sowie die bei Commissionsgeschäften regelmäßig vorkommenden Unkosten in Rechnung stellen kann, so hat der Einkaufs-Commissionär welcher Selbstverkäufer ist, keinen Anspruch auf die Vortheile des Art. 375 cit.

h. Abgesehen hiervon ist das Distractionsrecht des Art. 375 dem Commissionär nur wegen Forderungen aus laufender Rechnung in Commissions-Geschäften eingeräumt, und steht daher nicht dem Commissionär für Forderungen aus laufender Rechnung überhaupt an den Committenten zu.

i. Endlich ist das Distractionsrecht des Art. 375 nur von solchem Commissionsgut gemeint, welches dem Commissionär zum Verkauf in laufender Rechnung übergeben worden oder in dessen Gewahrsam durch Einkauf in laufender Rechnung gekommen ist. Solches Commissionsgut, welches in Folge eines vereinzelten Geschäfts in den Händen des Commissionärs sich befindet, haftet daher für Forderungen desselben aus einer laufenden Rechnung, mit welcher jenes Geschäft nichts gemein hatte, nicht.

VI. Die Voraussetzungen und Formen des kaufmännischen Retentionsrechts. Nur an den beweglichen Sachen und Werthpapieren, welche im Eigenthum des Schuldners sich befinden, findet das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht statt. Eine Distraction auf Grund des Letzteren kann nur in der Weise geschehen, daß der Gläubiger, welcher die retinirten Gegenstände verkaufen lassen will, gegen den Schuldner klagend auftritt und ein gerichtliches Erkenntniß verlangt und erlangt, welches die Zahlungspflicht des Schuldners und das Recht des

Gläubigers anerkennt, sich durch Verkauf der zurückbehaltenen Sachen zu befriedigen.

Ein einfacher gerichtlicher Executionsantrag und darauf ohne Anhörung des Schuldners ergangenes gerichtliches Decret genügt daher nicht.

VII. Welchen Schaden hat der Commissionär, welcher nicht dem erhaltenen Auftrag gemäß handelt, nach Maaßgabe des Art. 362 Allg. D. H. dem Committenten zu ersetzen, wenn die ertheilte Einkaufs-Commission sich auf den Erwerb von Speculations-Papieren bezog?

a. Der Schaden des Committenten besteht in der Hauptsache naturgemäß darin, daß ihm der Gewinn entgangen ist, welchen er mit den ihm rechtzeitig gelieferten Papieren in Folge einer inzwischen eingetretenen Cours-Erhöhung gemacht haben würde.

b. Maaßgebend für die Berechnung dieses Schadens ist nicht die Differenz zwischen dem unter den Parteien verabredeten Einkaufspreise, und dem Course der Papiere an dem Tage, an welchem der Commissionär widerrechtlich dieselben für Rechnung des Committenten verkaufte, sondern die Differenz zwischen jenem Preise und dem höchsten Course, welchen die Papiere erreicht haben und beziehungsweise noch erreichen werden, bis rechtskräftig erkannt ist, daß der Commissionär seiner Lieferungspflicht mit Unrecht nicht nachgekommen ist.

VIII. Sollte der vorstehend bemerkte Maaßstab für die Berechnung des Schadens-Ersatzanspruchs nicht gelten, so kann der Committent jedenfalls die Lieferung der fraglichen Speculationspapiere zu dem vereinbarten Einkaufspreise verlangen, weil der Commissionär als Selbstverkäufer zu dieser Lieferung sowohl nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen, als auch nach Art. 355 des Allg. D. H. verpflichtet ist, und es sich hier nicht um die Lieferung individuell bestimmter Papiere, sondern um diejenige

von Papieren einer gewissen Art und von einem gegebenen Nominalbetrag handelt.

Rechtsgutachten

in Sachen der Frau Christine N. geb. C. in Michelstadt, Beklagte, Widerklägerin und Appellantin wider die Handlung Gebrüder B. in Frankfurt a. M, Klägerin, Widerbeklagte und Appellatin, Forderung und Faustpfand betreffend.

Im September 1868 wurde die Handlung Gebrüder B. in Frankfurt a. M. beim Stadtgerichte daselbst wider Frau Christine N., geb. C. in Michelstadt, auf die Summe von 1441 fl. 25 kr. nebst 6% Zinsen vom 26. August d. J. an klagbar, als dem Betrag des Activ-Saldo's aus einem zwischen beiden Theilen bestandenen Contocorrent-Verhältnisse. Zugleich hob Klägerin hervor, daß sie die im beigeschlossenen Rechnungs-Auszuge verzeichneten Effectengeschäfte als Commissionärin der Verklagten abgeschlossen, besorgt und abgewickelt habe, wobei sie weiter bemerkte, sie habe letzterer in der laufenden Rechnung unterm 14. September 1866 den Mehr-Erlös gutgeschrieben, welchen der durch sie an diesem Tage kraft Stadtgerichtlicher Ermächtigung vom 10—13. September vollzogene Verkauf der daselbst bezeichneten Werthpapiere, d. h. von 75 Stück österr. Credit-Actien und 8000 Doll. amerik. Obligationen ergeben habe.

Verklagte hat die Abweisung der Klage beantragt, indem sie, abgesehen von einigen Beanstandungen des Rechnungsauszugs, sich vorzüglich darauf berufen hat, daß der unterm 14. September 1866 von der Klägerin vollzogene Effecten-Verkauf ein unberechtigter gewesen sei, daß sie, die Verklagte, durch denselben zu Schaden gekommen sei, da sie um die Differenz zwischen dem Course, zu welchem die Papiere losgeschlagen worden, und dem inzwischen gestiegenen Course gebracht worden sei. Auf Grund einer von ihr näher substantiirten Schadensersatz-Berechnung hat Verklagte übrigens ihren Schadensersatz-Anspruch nicht allein einredeweise der Klage entgegengestellt, sondern auch auf dem Wege einer Widerklage geltend gemacht; eventuell um Verurtheilung der Klägerin und Widerbeklagten zur Lieferung

von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerik. Obligationen gebeten.

Durch Urtheil des K. Stadtgerichts I. vom 26. August 1870 ist jedoch nicht bloß die Widerklage abgewiesen, sondern Verklagte unter Verwerfung der gedachten Einrede dem Klagesuchen gemäß verurtheilt worden.

Dieses Urtheil wurde durch Erkenntniß des K. Appellationsgerichts vom 20. Febr. 1871 bestätigt.

In dieser Sachlage sind wir durch den Anwalt der Verklagten, Herrn Dr. jur. Friedleben in Frankfurt a. M., unter Mittheilung der in den zwei Instanzen ergangenen Urtheile so wie der Handacten desselben, um ein rechtliches Gutachten über die Frage angegangen worden, ob der von der Klägerin unterm 14. Septbr. 1866 vollzogene Effecten-Verkauf für statthaft zu erachten, oder nicht vielmehr als rechtswidrig geschehen zu betrachten sei und daher für die Verklagte ein Anspruch auf Ersatz des ihr dadurch zugefügten Schadens, beziehungsweise auf Lieferung der gedachten Papiere begründet.

§ 1.

Das thatsächliche Verhältniß.

Frau Christine R. aus Michelstadt stand seit dem Jahre 1859 mit der Handlung Gebrüder B. in Frankfurt a. M. in geschäftlicher Verbindung. Laut dem den Acten beigeschlossenen Rechnungsauszuge wurde letztere von jener vielfach bezogen, welcher sie auch den Preis von Werthpapieren und Coursdifferenzen auf Prolongationen creditirte. Andererseits erhielten die Gebrüder B. von der Frau R. Rimessen, Beträge in Banknoten und Baarsendungen, sie erhoben für diese eingegangene Treffer und schrieben ihr Coursdifferenzen auf Prolongationen zu Gute; so wie sie auch durch Werthpapiere, welche sie für die jetzige Verklagte in Depot hatten, gedeckt waren.

Unter Anderm kaufte die jetzige Klägerin im Auftrag und für Rechnung der Frau R. 75 Stück österr. Creditactien und für 8000 Doll. amerik. Obligationen. Die mehrfach prolongirte

Lieferung dieser Papiere wurde zuletzt von Medio August auf den 30. des Monats verlängert, an welchem Termin die Creditactien zu 127, die amerikan. Obligationen zu 72 bezogen und bezahlt werden sollten.

Das Gesuch der Frau R. um weitere Prolongation wurde von den Gebrüdern B. mittelst Schreibens vom 30. August abschlägig beschieden, indem diese zugleich erklärten, der kürzeste und einfachste Weg zur Bereinigung der zwischen ihnen und der jetzigen Verklagten bestehenden Verhältnisse wäre der, daß Letztere sie beorderte, die von ihnen zu beziehenden, so wie die bei ihnen lagernden Effecten an der Börse zu verkaufen.

Diese Ordre wurde jedoch nicht gegeben. Unter'm 7. September schrieben die Gebrüder B. an Frau R.:

„Sie schulden uns per ult. August, wie Sie wissen, „für zu beziehende 75 Stück österr. Creditactien à 127 „nebst Zinsen bis zum 30. August sowie für 8000 Doll. „amerikan. Obligationen à 72 nebst Zinsen bis ult. August „die Summe von 24902 fl. 34 kr. und der Verkauf dieser „Effecten wird, wie nicht zu bezweifeln, demnächst von „dem hiesigen Gerichte bewilligt werden.

„Selbstverständlich behalten wir uns übrigens an „diesen Effecten so wie an dem etwaigen Erlöse unser „Pfand- und Retentionsrecht auch für unser weiteres „Guthaben an Sie vor.

„Dieses weitere Guthaben ist Ihnen bekannt; es be- „trug ult. Juli a. c. laut Contocorrent 4715 fl. und ist „jetzt laut anliegendem Contocorrent per 4. Septbr. d. J. „auf 6540 fl. 13 kr. mit Zinsen vom 4. c. angewachsen.

„Wir fordern Sie hiermit wiederholt auf, diesen „Saldo umgehend zu berichtigen, da wir sonst den gericht- „lichen Verkauf auch der von Ihnen in Depot habenden „Effecten, welche wir Ihnen heute specificirt haben, bean- „tragen müssen."

Mittelst Schreibens vom 9. Septbr. an Gebrüder B. protestirte Frau R. gegen den Verkauf der 75 Stück österr. Creditactien sowie der 8000 Doll. amerik. Obligationen, indem sie,

ausdrücklich alle ihre Entschädigungsansprüche wahrend, erklärte, keinerlei Retentions- oder Pfandrecht der Handlung B. an gedachten Effecten anzuerkennen.

Allein schon am Tage vorher, nämlich am 8. Septbr., waren die Gebrüder B. beim Stadtgerichte in Frankfurt a. M. um die Ermächtigung eingekommen, besagte Papiere für Rechnung der Jenseite durch einen beeidigten Wechselmäkler eventuell durch die öffentlichen Ausrufer verkaufen zu lassen, umsich daraus für ihr auf Seite 398 bezeichnetes Guthaben sammt Zinsen à 6% vom 30. August d. J. nebst Kosten bezahlt zu machen, d. h. in der Hauptsache für die Forderung von 24902 fl. 34 kr. wegen der für Rechnung der Imploratin angekauften österr. Creditactien und amerik. Obligationen.

Das Stadtgericht ertheilte den Imploranten die nachgesuchte Ermächtigung durch eine denselben unterm 13. Septbr. insinuirte, vom 10. Septbr. datirte Verfügung.

Bereits am 12. Septbr. jedoch hatte im Auftrage des Ehemannes der Imploratin, des Herrn Carl R., der Notar Dr. Joh. Heinr. Schulz in Frankfurt in Gegenwart zweier Zeugen den Gebrüdern B. die Zahlung von 24902 fl. 34 kr. nebst Zinsen vom 30. August ab gegen Lieferung von 75 Stück österr. Creditactien und von 8000 Doll. amerik. Obligationen realiter angeboten; von dem Theilhaber der Handlung, Herrn Wolf B. jedoch die Erwiederung erhalten, er habe die Sache Herrn Dr. Fuld übertragen, man möge sich an diesen halten.

Am 13. Septbr., also am Tage der Insinuation der gerichtlichen Verkaufsermächtigung, zeigten die Gebrüder B. der Frau R. brieflich den Empfang dieser Verfügung an, während sie unterm 14. Septbr. die Imploratin von dem an dem nämlichen Tage auf der Börse vollzogenen Verkaufe der in Frage stehenden Effecten in Kenntniß setzten und für Cursdifferenz mit 1741 fl. 41 kr. erkannten.

§ 2.

Rechtliche Beurtheilung. — Die Widerrechtlichkeit des Verkaufs vom 14. September 1866 wegen mangelnder gerichtlicher Bewilligung.

Bei Beurtheilung der Frage, ob der unterm 14. Septbr. 1866 im Auftrage der Gebrüder B. vollzogene Verkauf von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll amerik. Obligationen ein rechtlich statthafter oder ein rechtswidriger gewesen, kann man sich für die erstere Meinung nicht darauf berufen, daß den Imploranten die gerichtliche Ermächtigung zum Verkaufe besagter Effecten ertheilt war. Denn es versteht sich von selbst, daß die einem Kaufmanne behufs der Deckung vom Gerichte ohne Gehör des Schuldners ertheilte Verkaufsbewilligung auf die Gefahr des Imploranten ertheilt wird, und daß eine solche einseitig ertheilte Ermächtigung dem Imploraten die Befugniß nicht zu entziehen vermag, jenen mittelst des Nachweises, daß es dem stattgehabten Verkaufe an den durch das Gesetz erforderten materiellen Voraussetzungen mangelte, zum Ersatze des durch die Distraction erweislich erlittenen Schadens anzuhalten.

Ist der Verkauf fremden Guts resp. solcher Effecten, welche man für fremde Rechnung angeschafft hat, zum Zwecke eigener Deckung regelmäßig ein unstatthafter, wenn er ohne gerichtliche Bewilligung geschehen ist, so ist nicht jede Veräußerung solcher Waaren um deßwillen eine berechtigte, weil sie mit gerichtlicher Ermächtigung stattgefunden.

Dies ist an sich so wie nach Maaßgabe des Allg. D. H. Art. 310 so zweifellos, daß es kaum der Hinweisung darauf bedarf, daß diese Auffassung durch das K. Appellationsgericht in dessen Erkenntnisse in der Provocationssache zwischen der Handlung Gebrüder B. und der Frau Christine R. gegen die scheinbar abweichende Ansicht des Stadtgerichts ausdrücklich gebilligt worden ist.

Ist hiernach die Frage eine offene, ob der unterm 14. Septbr. 1866 durch die Gebrüder B. in Folge gerichtlicher Ermächtigung vorgenommene Effecten-Verkauf ein berechtigter

war, oder ob derselbe nicht vielmehr als ein widerrechtlicher zu betrachten, so hat die klagende Handlung in ihrer Imploration vom 8. Septbr. 1866 die gerichtliche Bewilligung von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen nachgesucht, um sich für das Guthaben von 24902 fl. 34 kr. nebst Zinsen bezahlt zu machen, welches sie an die Verklagte wegen der in Frage stehenden Papiere hatte.

Die Gebrüder B. verlangten diese Verkaufs-Ermächtigung zunächst auf Grund des Allg. D. H. Art. 375 verbunden mit Art. 310, dann aber mit Bezugnahme auf Allg. D. H. Art. 343.

Läßt man nun vorerst die Frage über die Tragweite des Art. 375, auf welche später zurückzukommen sein wird, offen, so ist von vornherein zweierlei zweifellos. Einmal handelt es sich in diesem Artikel um ein Recht des Gläubigers, sich aus dem Commissionsgute durch dessen Verkauf bezahlt zu machen. Andererseits soll dieses Verkaufsrecht unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 ausgeübt werden, d. h. indem der Gläubiger die Bewilligung zum Verkaufe unter Vorlegung der erforderlichen Bescheinigungsmittel beim Gerichte nachsucht, und letzteres hierauf den Verkauf der betreffenden Gegenstände auf Gefahr des Gläubigers verordnet.

Hieraus folgt, daß der Implorant, welchem mehrere Forderungen gegen den Imploraten zustehen und der nur wegen einer derselben die gerichtliche Verkaufsbewilligung nachgesucht und erlangt hat, nicht befugt ist, die betreffenden Gegenstände wegen einer andern Forderung zum Verkaufe zu bringen, indem in Beziehung auf dieses andere Guthaben der Verkauf ein gerichtlich nicht bewilligter ist.

Andererseits vermag es keinem Zweifel zu unterliegen, daß die gerichtliche Verkaufsbewilligung dadurch hinfällig wird, daß die Forderung, für welche sie nachgesucht und erlangt worden, vor dem Verkaufsvollzuge bezahlt wird, da jene Ermächtigung nur zu dem Zwecke ertheilt war, damit der Gläubiger sich aus dem Preise der betreffenden Gegenstände bezahlt mache. Der wirklichen Zahlung steht hier aber die Realoblation der ge-

schuldeten Summe um deßwillen gleich, weil offenbar der Gläubiger, der die in solcher Weise angebotene Zahlung nicht annehmen wollte, sich des Rechts begeben hat, zum Zwecke eben dieser Zahlung Gegenstände seines Schuldners zu verkaufen.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Effectenverkauf vom 14. Sept. 1866 ergiebt, daß derselbe insoferne ein unberechtigter war, als er auf Grund des Allg. D. H. Art. 375 geschehen. Denn gerichtlich nachgesucht war von Seiten der Gebrüder B. die Bewilligung des Verkaufs von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen, um sich in der Hauptsache wegen der Forderung von 24902 fl. 34 kr., auf welche der Verkaufspreis dieser Papiere sich belief, bezahlt zu machen, und dem gestellten Gesuche gemäß die Verkaufsermächtigung durch das Stadtgericht Frankfurt ertheilt. Diese Ermächtigung war aber hinfällig, nachdem vor dem Verkaufsvollzuge, ja vor der Insinuation des den Verkauf bewilligenden Dekrets an die Imploranten, diesen jene Summe angeboten war. Wegen anderweitiger Forderungen der Handlung Gebrüder B. an Frau R. war dagegen der Verkauf besagter Effecten weder gerichtlich nachgesucht, noch gerichtlich bewilligt.

Zwar haben die Gebrüder B. in ihrer unterm 8. Sept. 1866 beim Stadtgericht in Frankfurt eingereichten Imploration bemerkt, „aus sonstigen Geschäften, aus Mangels Zahlung retour gekommenen Tratten und dergleichen stehe ihnen ein Contocorrent-Guthaben per 4. Septbr. d. J. von 6540 fl. 13 kr. gegen Frau R. zu, für welches sie verschiedene Effecten, wenngleich von unzureichendem Werthbetrage, in Depot hätten.“ Allein sie haben hierbei ausdrücklich erklärt, dieses Guthaben werde hier nur beiläufig erwähnt, indem man sich vorerst alle desfallsigen Rechtszuständigkeiten vorbehalte. Abgesehen davon, fuhren die Imploranten fort, hätten sie wegen des Einkaufs von 75 Stück österr. Creditactien sowie von 8000 Doll. amerikan. Obligationen und mehrfacher Prolongation dieses Geschäfts gegen Frau R. ein Guthaben von 24902 fl. 34 kr. — Da nun die Schuldnerin vergeblich zur Erfüllung ihrer Bezugs-Verbindlichkeiten aufge-

fordert worden sei, so sehe man sich genöthigt, um Bewilligung des Verkaufs besagter Effecten zu bitten; um sich wegen der letztgenannten Forderung bezahlt zu machen, — indem man vorsorglich ausdrücklich erkläre, daß man bezüglich des etwaigen problematischen Mehr-Erlöses das diesseitige Pfand- und event. Retentionsrecht für das erwähnte Contocorrent-Saldo-Guthaben ausüben werde.

Allein in der allgemeinen Wahrung aller desfallsigen Zuständigkeiten für den behaupteten Contocorrent-Saldo, in der Erklärung, man werde für diese Forderung das diesseitige Pfand- und Retentions-Recht bezüglich des etwaigen Mehrerlöses aus dem Verkaufe der Creditactien und amerikanischen Obligationen ausüben, lag kein Antrag auf Bewilligung des Verkaufs dieser Papiere für das Contocorrent-Guthaben; und daher in dem unterm 13. Septbr. 1866 dem Imploranten insinuirten Dekrete, durch welches die nachgesuchte Ermächtigung ertheilt war, keine Ermächtigung zum Verkaufe der letztgenannten Forderung halber.

Das Ergebniß dieser Erörterungen ist, daß der Seitens der Handlung Gebrüder B. unterm 14. Septbr. 1866 veranstaltete Effecten-Verkauf, insoferne er auf Grund des Allg. D. H. Art. 375 geschehen, ein unberechtigter war, weil er nur für die Forderung von 24902 fl. 34 kr. nebst Zinsen und Kosten gerichtlich bewilligt worden, die Imploranten es sich aber selbst beizumessen hatten, wenn sie die Zahlung dieses Anspruchs nicht vor vollzogenem Verkaufe empfingen. Für anderweitige Forderungen der Gebrüder B. an Frau R. war dagegen jener Verkauf weder gerichtlich beantragt, noch durch das Gericht genehmigt.

Freilich hat das in dieser Sache erlassene Urtheil erster Instanz, indem es davon ausgegangen, daß die Handlung Gebrüder B. als Commissionärin Anspruch auf die Vortheile der Art. 374, 375 des Allg. D. H., d. h. auf Deckung aus dem Commissionsgute wegen aller ihrer Forderungen aus laufender Rechnung an Frau R. unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 gehabt habe, angenommen, daß diese Vorschriften aus-

weislich der Acten gewahrt worden seien, und daß daher der unterm 14. September 1866 vollzogene Effecten-Verkauf als ein wohlberechtigter erscheine. Denn es habe Implorantin weder je, noch auch in ihrer Imploration vom 8. Septbr. 1866 auf ihre Befriedigung für ihre Contocorrent-Forderung aus dem Erlöse der Credit-Actien und amerikan. Obligationen verzichtet, noch sei das Anerbieten der Verklagten vom 12. Septbr. 1866 genügend gewesen, um den Verkauf der vorgenannten Papiere als einen ungerechtfertigten erscheinen zu lassen, da Frau R. nicht genügend nachzuweisen vermocht, daß Klägerin schon anderweitig hinlänglich für ihre Contocorrentforderung gedeckt gewesen, auch letztere sich nirgends anheischig gemacht habe, jene Werthpapiere zur Verfügung der Beklagten zu halten und sie gegen Zahlung des Einkaufspreises und sonstiger speziell darauf ruhender Spesen auszuliefern.

Allein es beruht, ganz abgesehen von der später zu erörternden Frage, ob die Imploranten Anspruch auf die Vortheile der Art. 374, 375 des Allg. D. H. hatten, diese ganze Argumentation auf Verwechslungen. Mag man auch dahingestellt sein lassen, ob die Gebrüder B. auf Befriedigung wegen ihres Contocorrent-Guthabens aus dem Erlöse der Creditactien und amerikanischen Obligationen verzichtet oder nicht verzichtet, so lag weder ein gerichtlicher Antrag, noch eine gerichtliche Bewilligung des Verkaufes besagter Papiere für die Contocorrent-Forderung vor. Sonach waren die Imploranten nicht berechtigt, nachdem ihnen die Zahlung der Forderung, für welche sie die Verkaufsermächtigung nachgesucht und erlangt hatten, angeboten worden war, den Verkauf jener Effecten zur Deckung einer ganz anderen Forderung zu vollziehen.

Unrichtig ist übrigens die weitere Behauptung der Entscheidungsgründe des stadtgerichtlichen Urtheils, wonach Klägerin sich nirgends anheischig gemacht habe, die besagten Werthpapiere zur Verfügung der Verklagten zu halten, und sie gegen Zahlung des Einkaufspreises und sonstiger speziell auf denselben ruhender Spesen auszuliefern. Denn nach der eigenen Erklärung der Implorantin hatte dieselbe von der Imploratin eine Einkaufs-

commission von 75 Stück oesterr. Creditaction und 8000 Doll. amerikan. Obligationen erhalten, und diese Commission in der Art vollzogen, daß sie die Papiere als Selbstverkäuferin an Frau R. verkaufte. Auch hatten die Gebrüder B. unterm 7. Septbr. 1866 an Frau R. geschrieben, Sie schulden uns für zu beziehende 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen die Summe von 24902 fl. 34 kr., und in ihrer Imploration vom 8. Sept. erklärt, daß, nachdem Imploratin zur Erfüllung ihrer Bezugsverbindlichkeiten von ihnen vergeblich aufgefordert sei, sie bei dieser Sachlage genöthigt seien, das Gericht um Ermächtigung zum Verkaufe besagter Papiere zur Deckung ihrer Forderung wegen des Preises derselben anzugehen. Hiernach sowie überhaupt als Einkaufs-Commissionäre und resp. Selbstverkäufer waren die Gebrüder B. an sich verpflichtet, die gedachten Papiere gegen Zahlung des Preises an Frau R. auszuliefern. Gesetzt aber auch, sie wären zur Zurückhaltung dieser Papiere wegen einer anderweiten Forderung, nämlich wegen ihres Contocorrent-Guthabens, kraft Pfand- oder Retentionsrechts befugt, und für letzteres Guthaben nicht sonst ausreichend gedeckt gewesen, so gehörte doch zu einer berechtigten Distraction wegen einer solchen anderen Forderung eine gerichtliche Verkaufsbewilligung, welche weder erfolgt, noch selbst nachgesucht worden ist.

§ 3.

Fortsetzung. Die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Verkaufsbewilligung.

Bei dieser Sachlage kann nun die Prüfung der Frage nicht umgangen werden, ob die Gebrüder B. nicht auf Grund anderer Bestimmungen des Allg. d. H. befugt waren, die 75 Stück österr. Creditactien und die 8000 Doll. amerikan. Obligationen für ihr Contocorrent-Guthaben ohne gerichtliche Bewilligung zu verkaufen.

Daß ihnen nämlich ein solches Verkaufsrecht für ihre Forderung von 24902 fl. 34 kr. nicht zustand, nachdem ihnen

diese Summe nebst Zinsen in der früher bezeichneten Weise angeboten worden, vermag keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen, während andererseits feststeht, daß zum Zwecke ihrer Deckung für das Contocorrent-Guthaben eine gerichtliche Verkaufsermächtigung nicht ertheilt war.

Das Allg. D. H. gestattet einem Gläubiger Sachen, die dessen Schuldner gehören, oder welche er demselben zu liefern verpflichtet ist, in drei Fällen ohne gerichtliche Bewilligung zum Verkaufe zu bringen, nämlich in den Fällen der Art. 343, 354 und 311.

Wie schon früher bemerkt worden, haben sich die Kläger in ihrer Imploration vom 8. Septbr. 1866, wenn auch nur in zweiter Linie, auf das Allg. D. H. Art. 343 bezogen. Das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 20. Febr. 1881 dagegen hat gerade auf Grund dieses Artikels den in Frage stehenden Effecten-Verkauf als einen wohlberechtigten erkannt.

Hierbei ist das Appellationsgericht von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Als Selbstverkäuferin der betreffenden Werthpapiere, welche noch in ihrem Eigenthum sich befunden, habe die Handlung Gebrüder B. der in Art. 310 des Allg. D. H. vorgeschriebenen Ermächtigung nicht bedurft, vielmehr sei sie berechtigt gewesen, jene Papiere nach Anleitung des § 343 ohne Anrufen der Gerichte auf Rechnung und Gefahr der Frau R. verkaufen zu lassen. Hieran habe der Umstand nichts ändern können, daß Verklagte der Klägerin am 12. Septbr. 1866 die Zahlung für die betreffenden Effecten angeboten habe; da nämlich dieselben die Möglichkeit eines Mehrerlöses bei dem Verkaufe geboten hätten, dieser Mehrerlös der Klägerin auch für ihr weiteres Guthaben verhaftet gewesen, wie sie sich denn ihre desfallsigen Ansprüche ausdrücklich vorbehalten, so habe diese keine Verpflichtung gehabt, die gedachten Papiere der Imploratin lediglich gegen jenes Angebot herauszugeben. Eine solche Verbindlichkeit würde den Gebrüdern B. vielmehr nur in dem Falle obgelegen haben, daß ihnen volle Befriedigung auch für ihr anderweitiges

Guthaben an Frau R. angeboten worden wäre; was jedoch nicht geschehen sei.

In der That hat das Appellationsgericht in diesen Entscheidungsgründen die Bedeutung und Tragweite des Art. 343 des Allg. D. H. durchaus verkannt.

Nach Maßgabe dieses Artikels ist der Verkäufer befugt, wenn der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge ist, dieselbe nach vorgängiger Androhung öffentlich verkaufen zu lassen, beziehungsweise die Waare, wenn sie, wie vorliegends der Fall war, einen Börsenpreis hat, durch einen Handelsmäkler zum laufenden Preise zu verkaufen.

Es ist in besagtem Artikel weder von einem Pfandrechte, noch von einer distractio pignoris die Rede, da daselbst ein Recht des Verkäufers zur Wiederveräußerung der Waaren, mit deren Empfangnahme der Verkäufer im Verzuge ist, welche also weder in das Eigenthum, noch in den Usucapionsbesitz des Käufers und Schuldners übergegangen, statuirt ist. Bei dieser Distractionsbefugniß handelt es sich nicht um die Deckung des Verkäufers, sondern um dessen Recht, sich beim Verzuge des Käufers in der Empfangnahme der Waaren der Verpflichtung zu deren Aufbewahrung zu entbinden. Daher hat hier der Verkäufer die alternative Befugniß, entweder die Waaren auf Gefahr und Kosten des Käufers bei einem Dritten niederzulegen, oder sie nach vorgängiger Androhung verkaufen zu lassen.

Wie bereits treffend in der Nürnberger Conferenz bemerkt wurde, gestattet Art. 343 eine Art von Verkaufs-Selbsthülfe, damit der Verkäufer der Obhut über die verkaufte Waare los werde.

Nürnberg. Protoc. S. 1460.
v. Hahn, Comment. Bd. II. S. 211 (§ 10);
Makower, das Allg. D. H. (3. Aufl.) zu Art. 343 Note 13a.

Die Handlung Gebrüder B. konnte sich aber auf Art. 343 nur insoferne berufen, als sie die Werthpapiere, auf deren Einkauf die ihr ertheilte Commission ging, selbst als Verkäuferin liefern wollte (Allg. D. H. Art. 376); welche letztere Thatsache

sie denn auch in ihrer Replik ausdrücklich behauptet hat. Bedurfte sie nun zum Verkaufe der in Frage stehenden Effecten, soferne sie auf Grund des Art. 343 handelte, keiner gerichtlichen Ermächtigung, so war sie zur beabsichtigten Veräußerung von dem Momente an nicht mehr berechtigt, wo vor dem Vollzuge dieser Weiterveräußerung ihr Käufer sich bereit erklärt hatte, die Waare in Empfang zu nehmen. Denn es ist der Verkäufer nach Maaßgabe des Art. 343 für den Fall des Verzugs des Käufers mit der Empfangnahme der Waare zu deren Weiterveräußerung nur nach vorgängiger Androhung berechtigt, während diese Bestimmung vorgängiger Androhung den Zweck hat, dem Käufer möglich zu machen mora zu purgiren.

v. Hahn II. S. 210 § 8.

Auch führt zu dem nämlichen Ergebnisse der bereits hervorgehobene Zweck der dem Verkäufer eingeräumten Befugniß im Falle einer mora accipiendi des Käufers die Waare weiter zu veräußern; geht nämlich dieser Zweck, wie gezeigt worden, dahin, dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, sich der Obhut der Waare zu entbinden, so wird die Veräußerung zwecklos, sobald der Käufer die Waare in Empfang nehmen will.

Frau Christine R. hatte aber bereits am 12. Septbr. 1866 sich durch das Organ des Notars Dr. Schulz in Frankfurt gegenüber der Handlung Gebrüder B. unter Anerbietung des Preises sammt Zinsen bereit erklärt, die 75 Stück österr. Creditactien und die 8000 Doll. amerikan. Obligationen in Empfang zu nehmen, während der Verkauf dieser Papiere erst am 14. Septbr. vollzogen wurde.

Sonach war dieser Verkauf, insoferne er auf Grund des Art. 343 geschehen, ein unberechtigter, weil der Verzug der Käuferin R. rücksichtlich der Empfangnahme der Waare, durch welchen allein die Verkäufer zu jener Weiterveräußerung berechtigt waren, purgirt und der Weiterverkauf auch zwecklos war.

Daß weitere Ansprüche der Handlung Gebrüder B. an Frau R. hierbei nicht in Betracht kommen konnten, versteht sich

nach dem Gesagten von selbst. Wie die dem Verkäufer durch das Allg. D. H. Art. 343 eingeräumte Befugniß des Weiterverkaufs dessen Deckung wegen des Kaufpreises nicht bezweckt, so kann sie um so weniger dazu dienen, die Befriedigung des Verkäufers wegen anderweitiger Forderungen an den in mora accipiendi befindlichen Käufer herbeizuführen.

Waren überhaupt, wie das appellationsgerichtliche Erkenntniß ohne thatsächliche und rechtliche Begründung angenommen, die 75 Stück österr. Creditactien und die 8000 Doll. amerikan. Obligationen, beziehungsweise der Erlös aus denselben, den Gebrüdern B. für deren Contocorrent-Guthaben verhaftet, so beruhte diese Haftung keinenfalls auf Art. 343 des Allg. D. H., und konnte demnach der Verkauf jener Effecten für die letztgedachte Forderung nicht auf Grund dieses Artikels ohne gerichtliche Bewilligung geschehen.

Das Allg. D. H gestattet freilich noch in einem andern Falle dem Verkäufer, und daher auch dem Einkaufscommissionär, welcher als Selbstverkäufer eingetreten, den Weiterverkauf der Waaren für Rechnung des Käufers unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343, d. h. ohne gerichtliche Bewilligung, aber nach vorgängiger Androhung.

Wenn der Käufer nämlich mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, so kann der Verkäufer nach Art. 354 unter andern Alternativen die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern.

Handelt es sich nun in diesem Artikel, anders wie nach Art. 343, um ein Recht des Verkäufers, die verkaufte Waare zum Zwecke seiner Deckung weiter zu veräußern, so war doch auch nach Maaßgabe der hier gegebenen Bestimmungen der Effecten-Verkauf vom 14. September 1866 ein unberechtigter. Denn einerseits setzt die Befugniß der Weiterveräußerung der Waare, welche Art. 354 dem Verkäufer gibt, voraus, daß der Verkäufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist, während Frau R. ihren Verzug in dieser Hin-

sicht durch die von ihr unterm 12. Septbr. an die Gebrüder B. angebotene Zahlung der 24902 fl. 34 kr. purgirt hatte.

Andererseits bezweckt jenes dem Verkäufer eingeräumte Recht des Weiterverkaufs der Waare die Deckung desselben wegen der Schadensersatzansprüche, die ihm aus dem Verzuge des Käufers hinsichtlich der Kaufpreis-Zahlung erwachsen, nicht aber wegen Forderungen, welche, wie das Contocorrent-Guthaben der Kläger, in gar keiner Beziehung zu den verkauften und vom Verkäufer weiter zu veräußernden Waaren stehen.

Hiernach war denn der unterm 14. Septbr. 1866 vollzogene Effecten-Verkauf auch nach Maaßgabe des Art. 354 ein widerrechtlicher, wie denn weder die Imploranten noch die Gerichte erster und zweiter Instanz auf diesen Artikel Bezug genommen haben.

Daß endlich jener Verkauf von Werthpapieren auch nicht auf Grund des Allg. D. H. Art. 311 geschehen konnte, bedarf keiner näheren Auseinandersetzung. Denn es ist in diesem Artikel von einem unter Kaufleuten vertragsmäßig bestellten Pfandrechte die Rede, und zwar von einem solchen, bei welchem schriftlich vereinbart worden, daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande befriedigen könne. Unbestrittenermaßen lag hier aber weder ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht, noch eine Vereinbarung der bezeichneten Art vor.

Wie also der unterm 14. Septbr. 1366 vollzogene Verkauf von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen, durch welchen die Handlung Gebrüder B. sich wegen ihres Contocorrent-Guthabens an Frau R. decken wollte, ohne gerichtliche Bewilligung geschehen, so lag andererseits keiner der Fälle vor, in welchen das Allg. D. H. einem Gläubiger gestattet, Sachen seines Schuldners oder Waaren, die er demselben zu liefern hat, ohne Ermächtigung des Gerichts zu verkaufen; und war demnach jener Verkauf, wie schon früher bemerkt worden, schon um deßwillen ein widerrechtlicher, weil er ohne gerichtliche Genehmigung vollzogen worden.

§ 4.

Die Widerrechtlichkeit des Effecten-Verkaufs vom 14. Septbr. 1866, abgesehen von der mangelnden gerichtlichen Verkaufsbewilligung.

Sieht man jedoch von dieser mangelnden Verkaufsermächtigung ab, unterstellt man, daß dieselbe nachgesucht und erlangt worden, so entsteht die Frage, ob materiell die Gebrüder B. hinsichtlich der 75 Stück österr. Creditactien und der 8000 Doll. amerikan. Obligationen zum Zwecke ihrer Deckung wegen ihres Contocorrent-Guthabens an Frau R. verkaufsberechtigt waren.

Daß von einem vertragsmäßigen Pfandrechte hier nicht die Rede, ist bereits bemerkt worden.

Fraglich kann demnach nur sein, ob für jene Forderung ein gesetzliches Pfand oder Distractionsrecht begründet, oder ob die Handlung Gebrüder B. kraft kaufmännischen Retentionsrechts zur Veräußerung jener Effecten befugt war.

Als gesetzliches Pfandrecht kann vorliegends nur dasjenige in Betracht kommen, welches das Allg. D. H. Art. 374, 375 dem Commissionär am Commissionsgute einräumt.

So hat denn auch auf Grund dieser Artikel das in dieser Sache ergangene Urtheil erster Instanz den Effecten-Verkauf vom 14. Septbr. 1866 für einen wohlberechtigten erkannt.

Zwischen der Handlung Gebrüder B. und Frau R., führt das Stadtgericht in seinen Entscheidungsgründen aus, habe ein Contocorrent-Verhältniß in Commissionsgeschäften bestanden. Möge nun jene die österr. Creditactien und amerikan. Obligationen für Rechnung der Imploratin eingekauft oder als Selbstverkäuferin an dieselbe verkauft haben, so habe sie hierbei immer als Commissionärin gehandelt und sonach Anspruch auf die Vortheile der Art. 374, 375 des Allg. D. H., d. h. auf Deckung aus dem Commissionsgute wegen aller ihrer Forderungen aus laufender Rechnung unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 gehabt.

Daß hierbei das Frankfurter Stadtgericht von der ganz ungegründeten Unterstellung ausgegangen, als ob die letztge-

dachten Vorschriften beim Effecten-Verkauf vom 14. Septbr. 1866 beobachtet worden seien, ist bereits gezeigt worden (§ 2.)

Hier handelt es sich nur darum, ob, abgesehen hiervon, den Gebrüdern B. für ihre Contocorrent-Forderung ein Verkaufsrecht an gedachten Papieren nach Maaßgabe der Art. 374, 375 des Allg. D. H. zustand.

Indem diese Artikel zunächst ein Pfandrecht des Commissionärs am Commissionsgute für gewisse Forderungen anerkennen und regeln, beziehen sie sich nur insoweit auf ein solches Commissionsgut, welches nicht im Eigenthum des Commissionärs ist. Dies versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, weil ein Pfandrecht an eigenen Sachen rechtlich nicht möglich ist.

Laband, in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. IX. S. 439.

Die Handlung Gebrüder B. war aber Eigenthümerin der Papiere, welche sie unterm 14. Septbr. 1866 für Rechnung der Frau R. verkaufen ließ.

Sie hatte das Eigenthum an diesen Effecten, weil nach richtiger Ansicht der Einkaufs-Commissionär durch Uebernahme der von ihm für fremde Rechnung gekauften Waaren sich und nicht dem Committenten das Recht erwirbt, welches auf diesen nur durch Besitzesübertragung Seitens des Commissionärs übergeht.

Sollte man aber auch hinsichtlich dieses allerdings streitigen Punktes anderer Ansicht sein, so waren die Gebrüder B. Eigenthümer der in Frage stehenden Papiere, weil sie nach ihrer eigenen Erklärung Selbstverkäufer waren, während es zweifellos ist, daß der Einkaufs-Commissionär, welcher in Anwendung des Allg.D. H. Art. 376 das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert, Eigenthümer desselben so lange bleibt, als er dessen Besitz nicht auf den Committenten übertragen hat.

Laband, in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. IX. S. 439.

Allein auch abgesehen hiervon waren die Gebrüder B. Eigenthümer der Werthpapiere, welche sie unterm 14. Septbr. 1866 für Rechnung der Frau R. verkaufen ließen, weil ihr

Auftrag auf Einkauf von Papieren einer gegebenen Art, durch welche eine gegebene Summe dargestellt wurde, ging, sie auch die Verklagte aufgefordert hatten, ihre Bezugsverbindlichkeiten für zu beziehende 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen zu erfüllen, — weil mit andern Worten das Commissionsgut in vertretbaren Sachen bestand, welche erst beim Verkaufe vom 14. Septbr. 1866 von andern Sachen derselben Art ausgesondert wurden.

Laband a. a. S. 439.

Unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß die in Frage stehenden Werthpapiere im Eigenthume der Implorantin zur Zeit des Verkaufs vom 14. Septbr. 1866 sich befanden, so hatte dieselbe kein Pfandrecht daran, und konnte sie demnach diese Effecten für ihre Contocorrent-Forderung pfandweise nicht verkaufen.

War demgemäß besagter Verkauf, ganz abgesehen von der fehlenden gerichtlichen Bewilligung, nach Maaßgabe des Art. 374 ein unberechtigter, so war er nicht weniger auf Grund des Art. 375 unstatthaft, wenn anders die Ansicht richtig ist, daß auch dieser letztere Artikel sich auf das Pfandrecht des Commissionärs am Commissionsgute bezieht, — daß er mit andern Worten lediglich eine Fortsetzung des Art. 374 bildet, indem er eine Consequenz des daselbst anerkannten Pfandrechts ausspricht (Preuß. Motive S. 160) und insbesondere den Zweck hat, die Geltendmachung dieses Rechts zu regeln.

Laband a. a. O. S. 451 Note 4.
v. Kräwell, das Allg. D. H. zu Art. 375.
Brix zu Art. 375.

Spricht nun zwar für diese Auffassung der innige Zusammenhang der beiden Artikel, sowie ferner der Umstand, daß Art. 375 auf Art. 310, woselbst von der Geltendmachung eines Pfandrechts die Rede ist, verweist, so ist sie nicht unbestritten.

Nach einer andern Meinung nämlich bezieht sich Art. 375 sowohl auf den Fall, in welchem dem Commissionär ein Pfandrecht am Commissionsgute zusteht, wie auch auf denjenigen, daß er Eigenthümer des Commissionsgutes ist.

v. Hahn Comment. Bd. II. zu Art. 375 (S. 357, 358.)

Unterstellt man nun die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht, nimmt man an, daß nach Maaßgabe des Art. 375 der Einkaufscommissionär an dem in seinem Eigenthum befindlichen Commissionsgute zwar kein Pfandrecht, wohl aber ein Distractionsrecht zum Zweck seiner Deckung für gegebene Forderungen hat, so entsteht die Frage, ob, abgesehen von der auch hier erforderten, nicht nachgesuchten und nicht erlangten gerichtlichen Verkaufsbewilligung, die Handlung B. berechtigt war, sich durch Verkauf der betreffenden Effecten für ihr Contocorrent-Guthaben bezahlt zu machen.

Hierbei darf nun vor Allem nicht außer Acht gelassen werden, daß die Gebrüder B. nach ihrer eigenen Erklärung von dem Rechte des Art. 376 Gebrauch gemacht haben, das Gut, welches sie einkaufen sollten, selbst als Verkäufer zu liefern; daß sie mit a. W. die 75 Stück österr. Creditactien und die 8000 Doll. amerikan. Obligationen aus ihrem Vorrathe an Frau R. verkauften.

Sie kauften sonach nicht als Commissionäre für Rechnung der Frau R. Papiere ein, sondern verkauften diese an die Verklagte in Ausführung der erhaltenen Commission; an die Stelle eines Commissionsgeschäfts war ein Propre-Geschäft getreten. Bei dieser Sachlage konnte nach richtiger Ansicht von einer Befugniß der Imploranten nicht mehr die Rede sein, die Werthpapiere als Commissionsgut für Rechnung der Committentin nach Maaßgabe der Art. 374—375 zu verkaufen.

Zwar bestimmte der Preuß. Entw. Art. 294 Abs. 3 für den Fall, daß der Einkaufs-Commissionär aus seinem eigenen Vorrathe verkaufe, es habe derselbe zugleich die Rechte und Pflichten des Verkäufers. Allein es wurde diese Bestimmung durch die Nürnberg. Commission in zweiter Lesung ohne Angabe von Gründen gestrichen.

Protoc. S. 1213.

Demgemäß hat der Einkaufs-Commissionär, welcher Selbstverkäufer ist, nicht, wie dies der Preuß. Entw. wollte, gegenüber seinem Auftraggeber zugleich die Rechte eines Commissionärs und diejenigen eines Verkäufers. Vielmehr hat er nach der

Fassung des Allg. D. H. Art. 376 im Allgemeinen nur die Befugnisse eines Verkäufers, obwohl mit der Modification, daß er seinem Käufer und Committenten außer dem Börsen- oder Marktpreise des Kaufobjects die gewöhnliche Provision, sowie die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten in Rechnung bringen kann.

Erkenntniß des Berliner Obertribunals in Seuffert Arch. Bd. XX. Nr. 168.
v. Hahn II. S. 362 § 2.
Endemann, Handelsrecht § 168.
Makower (3. Aufl.) zu Art. 376 Note 26d.

Verhält es sich so, so hat der Einkaufs-Commissionär, welcher Selbstverkäufer ist, keinen Anspruch auf die Vortheile des Art. 375. Dies ist um so mehr anzunehmen, als das Distractionsrecht, welches dieser Artikel dem Commissionär an dem Commissionsgute einräumt, ihm nur für den Fall gegeben ist, daß der Committent in Erfüllung der in Art. 374 bezeichneten Verpflichtungen im Verzuge ist, d. h. der Verpflichtung zum Ersatze der vom Commissionär auf das Gut verwendeten Kosten, derjenigen zur Bezahlung der Provision, zur Rückerstattung der rücksichtlich des Guts gegebenen Vorschüsse und Darlehen, zur Entschädigung wegen der rücksichtlich dieses Guts gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, so wie der Verbindlichkeiten zur Zahlung aller Forderungen des Commissionärs aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften Indem unter diesen Forderungen des Committenten an den Commissionär, für welche jenem ein Verkaufsrecht am Commissionsgute eingeräumt ist, diejenige nicht erwähnt ist, welche der Einkaufs-Commissionär als Selbstverkäufer wegen des Kaufpreises an den Committenten und Käufer hat, weist auch dieser Umstand neben den früher hervorgehobenen Momenten darauf hin, daß dem Commissionär, welcher Selbstverkäufer ist, der Art. 375 nicht zu Statten kömmt.

Vielmehr ist derselbe nur in seiner Eigenschaft als Verkäufer zum Weiterverkaufe der Waare nach Maaßgabe des Art. 354 und unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 343 berechtigt, d. h. wegen Verzugs des Käufers und Committenten mit Zahlung des Kaufpreises.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den in Frage stehenden Fall an, so war die Handlung Gebrüder B. nicht befugt, die an Frau R. verkauften Werthpapiere auf Grund des Art. 375 weiter zu verkaufen; sie war mit a. W. zu einer solchen Distraction wegen ihres Contocorrent-Guthabens, ganz abgesehen von der mangelnden gerichtlichen Verkaufsbewilligung, als Selbstverkäuferin nicht berechtigt.

Nur in dieser letztern Eigenschaft war sie an sich zum Verkaufe besagter Papiere nach Maaßgabe des Art. 354 unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 befugt, weil die Käuferin mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge war; dieses Verkaufsrecht fiel jedoch weg, nachdem vor vollzogener Distraction die Käuferin ihren Verzug dadurch purgirt, daß sie den Preis gedachter Effecten mit 24902 fl. 34 kr. nebst Zinsen der Implorantin angeboten hatte.

Sollte man jedoch von der an sich unrichtigen Ansicht ausgehen, daß Art. 375 auch dem Einkaufs-Commissionär, welcher Selbstverkäufer ist, zu Statten komme, so würde der Effecten-Verkauf vom 14. Sept. 1866, abgesehen von der mangelnden gerichtlichen Verkaufsbewilligung, nur unter der zweifachen Voraussetzung als ein berechtigter erscheinen, daß Frau R. einmal mit ihrer Contocorrent-Schuld, welche durch jene Veräußerung gedeckt werden sollte, im Verzuge sich befand, und daß andererseits die betreffende Forderung der Gebrüder B. eine Forderung aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften war.

In ihrer Imploration vom 8. Sept. 1866 erwähnten die Gebrüder B. beiläufig, daß sie an die Imploratin ein Contocorrent-Guthaben vom 4. Sept. d. J. im Betrage von 6540 fl. 13 kr. hätten. Indem sie nun zwar nicht wegen

dieses Guthabens, sondern wegen ihrer anderweitigen Forderung von 24902 fl. 34 kr. die gerichtliche Ermächtigung zum Verkaufe der 75 Stück österr. Creditactien und der 8000 Doll. amerik. Obligationen nachsuchten, vollzogen sie, wie schon früher gezeigt worden, diesen Verkauf nicht für die letztgenannte Forderung, deren Zahlung ihnen vorher angeboten war, wohl aber für jenes angebliche Contocorrent-Guthaben.

Dieses Contocorrent-Guthaben von 6540 fl. 13 kr. war aber zur Zeit des Effecten-Verkaufes, am 14. Sept. 1866, von der Imploratin nicht anerkannt. Ja es hatte diese sogar durch Schreiben vom 9. Sept. 1866 an die Gebrüder B. ausdrücklich erklärt, die Richtigkeit der ihr übersandten laufenden Rechnung in keinerlei Weise anerkennen zu können; wie sie denn auch eine solche Anerkennung bis auf den heutigen Tag nicht vorgenommen hat.

Lag also am 14. Sept. 1866 in Ansehung des Rechnungsabschlusses per 4. Sept. d. J. nur eine Proposition Seitens der Handlung Gebrüder B. vor, mit einem Activ-Saldo von 6540 fl. 13 kr. abzuschließen, während dieses Anerbieten Seitens der Frau R. weder ausdrücklich noch stillschweigend angenommen worden war, so war die Verklagte hinsichtlich jener angeblichen Contocorrent-Forderung zur Zeit des Effecten-Verkaufs nicht im Verzuge, da die Voraussetzung eines jeden Verzugs kein *klagbares Forderungsrecht* ist,

Windscheid, Pand. § 277.

aus einem Contocorrent-Saldo aber keine Klage begründet ist, so lange die laufende Rechnung nicht vom Rechnungsempfänger genehmigt worden.

Zwar hat Frau R. die Richtigkeit des Contocorrent-Abschlusses per 1. Juli 1866 mit 4715 fl. anerkannt. Allein sie hat dies erst in ihrer Vernehmlassungsschrift vom 8. Dez. 1868 gethan.

Auch in Ansehung dieses Guthabens war also die Verklagte am 14. Sept. 1866 schon um deßwillen nicht im Verzuge, weil dasselbe damals keine klagbare Forderung bildete.

Als stillschweigend anerkannt zu erachten war zur Zeit des in Frage stehenden Effecten-Verkaufs nur der Contocorrent-Activ-Saldo per 1. Januar 1866 mit 2805 fl. 24 kr.

Indem jedoch diese Forderung wie übrigens auch die per 1. Juli 1866 in laufender Rechnung weiter vorgetragen wurde, konnte in Ansehung derselben von einem Verzuge der Schuldnerin nicht mehr die Rede sein, da durch einen solchen Vortrag im Contocorrent der Gläubiger sich des Rechtes begeben hatte, auf sofortiger Leistung zu bestehen.

Hiernach war Frau R. zur Zeit des für ihre Rechnung vollzogenen Effecten-Verkaufs mit ihrer Contocorrent-Schuld an die Gebrüder B. überall um deßwillen nicht im Verzuge, weil diese Forderung nicht klagbar war.

Fehlte es aber an dieser wesentlichen Voraussetzung des Verzuges, so vermochte die mittelst Schreibens vom 7. Sept. 1866 durch die Gebrüder B. an Frau R. gerichtete Aufforderung den Contocorrent-Saldo mit 6540 fl. 13 kr. umgehend zu bezahlen, die Schuldnerin nicht in mora zu setzen.

Folgeweise fehlte es dem Effecten-Verkaufe vom 14. Sept. 1866, durch welchen sich die Handlung B. wegen ihres Contocorrent-Guthabens zu decken beabsichtigte, an einer der durch Art. 375 erforderten wesentlichen Voraussetzungen, nämlich dem Verzuge des Committenten, und war die gedachte Veräußerung eine unberechtigte, wenn man selbst annehmen sollte, daß jener Artikel auch dem Einkaufscommissionär, welcher Selbstverkäufer ist, zu Statten komme, — und davon absehen wollte, wovon in Wirklichkeit nicht abgesehen werden kann, daß die fragliche Distraction ohne gerichtliche Bewilligung geschehen.

Indem wir im Vorstehenden davon ausgegangen, daß der Contocorrent-Saldo als solcher erst dann klagbar ist, wenn die laufende Rechnung abgeschlossen oder mit a. W. vom Rechnungsempfänger ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt worden ist, haben wir nicht übersehen, daß vor dem Rechnungsabschlusse die einzelnen Debet-Posten klagbare Ansprüche des

Rechnungsstellers bilden können, welche er, wie vereinzelt, so auch zusammen unter anticipirter Zulassung von Compensationen aus den Creditposten einzuklagen berechtigt sein kann, und in Ansehung deren ein Verzug des Rechnungs-Empfängers möglich ist. Indessen hat Klägerin in ihrem Schreiben vom 7. Sept. 1866 Frau R. lediglich aufgefordert, den Contocorrent-Saldo per 4. Sept. a. c. mit 6540 fl. 13 kr. umgehend zu berichtigen, indem sie offenbar davon ausgegangen, daß die verschiedenen Debet- und Credit-Posten unter den Parteien in dem Saldo aufgegangen, daß mit a. W. jenes Contocorrent-Guthaben eine selbstständige auf Novation beruhende Forderung bilde; die Gebrüder B. haben hierbei vorausgesetzt, daß die von ihnen gestellte laufende Rechnung unbeanstandet sei, und auf diese ihre Unterstellung durch die Erkärung hingewiesen: „dieses weitere Guthaben ist Ihnen (der Frau R.) bekannt."

Sollte man jedoch annehmen, daß die Mahnung vom 7. Sept. 1866 sich nicht auf die Contocorrent-Forderung als solche, sondern auf den Gesammtbetrag bezogen habe, welchen die Klägerin aus einer Mehrzahl von Forderungen, die in der laufenden Rechnung verzeichnet, unter Abzug einer Reihe daselbst aufgeführter Gegenforderungen, an die Verklagte anzusprechen hatte, daß es also an den Voraussetzungen des Verzuges der Frau R. hinsichtlich dieses von ihr geschuldeten und dermalen noch nicht definitiv festgestellten Gesammtbetrags nicht fehlte, so würde doch der Statthaftigkeit des Verkaufs der 78 Stück österr. Creditactien und der 8000 Doll. amerik. Obligationen noch ein weiteres durch das Allg. D. H. A. 375 verlangtes Erforderniß abgehen, daß nämlich das angebliche Contocorrent-Guthaben der Gebrüder B. an Frau R. eine Forderung aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften gewesen.

Unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß zwischen beiden Parteien seit dem Jahre 1859 ein Contocorrent-Verhältniß Statt hatte, so ergibt vorerst die der Klage beigefügte Rechnung nicht, daß Commissionsgeschäfte in laufender Rechnung

durch die Handlung Gebrüder B. für Frau R. abgeschlossen wurden. Nirgends ist nämlich aus jenem Rechnungs-Auszuge ersichtlich, daß Kläger im Auftrage und für Rechnung der Verklagten Papiere oder andere Waaren in der Art einkauften und verkauften, daß sie ihr die bezahlten Einkaufspreise zur Last und die gelösten Verkaufspreise zu Gute schrieben. Zwar ist das Urtheil erster Instanz in seinen Entscheidungsgründen davon ausgegangen, wie ein Blick auf den Contocorrent belehre, daß hier ein Contocorrent-Verhältniß in Commissionsgeschäften vorliege. Denn es bestünden die meisten Posten lediglich aus Cursdifferenzen auf Prolongationen, Gutschreibung der Eingänge aus Treffern, ferner aus den zur Ausgleichung herüber und hinüber gemachten Wechselanschaffungen, und endlich aus den berechneten Provisionen.

Indessen ergeben diese Thatsachen in keiner Weise, daß das unter den jetzigen Parteien bestandene Contocorrent-Verhältniß ein solches in Commissionsgeschäften war. Dafür sprechen einmal nicht die Gutschreibungen von Treffern, da es zum Wesen des Contocorrent-Vertrages überhaupt gehört, daß derjenige, welcher mit einem Andern in laufender Rechnung steht, für diesen Einnahmen macht und demselben zu Gut schreibt, während er ihm andererseits einen Credit eröffnet hat; außerdem darf hier nicht außer Acht gelassen werden, daß die gutgeschriebenen Treffer-Eingänge zum Theile wenigstens auf Papiere gefallen, welche die Verklagte den Klägern in Depot gegeben hatte, während nichts darauf hinweist, daß letztere diese Papiere in Commission für jene angeschafft hatten. Ebensowenig weisen aber die Wechselanschaffungen auf eine laufende Rechnung in Commissions-Geschäften hin. Die große Mehrzahl dieser Tratten sind solche, welche die Verklagte auf die Kläger gezogen, während bei jedem Contocorrent-Verhältniß der eröffnete Credit durch den Creditnehmer in der Art benutzt werden kann, daß er den Creditgeber bezieht. Nicht weniger unerheblich für den hier in Frage stehenden Character der laufenden Rechnung sind die im Debet stehenden verschiedenen Provisionsansätze, da bei Contocorrent-Verhältnissen jedwelcher Art Provisionsansätze

zu Gunsten des Creditgebers vorkommen können und auch gewöhnlich vorkommen, und nichts darauf hindeutet, daß die angesetzten Provisionen von kaufmännischen Commissionen herrühren.

Allerdings weist der vorliegende Rechnungsauszug sowohl im Debet wie im Credit einzelne Posten auf, bei welchen der Preis von Werthpapieren der Verklagten ins Sollen oder Haben geschrieben ist. Allein auch hier ist nicht ersichtlich, daß es sich um Papiere handelte, welche die Gebrüder B. in Commission auf laufende Rechnung gekauft, oder nicht vielmehr um Effecten, die sie als Selbstverkäufer der Frau R. auf Credit verkauft, oder als Selbstkäufer von derselben unter Gutschreibung des Preises gekauft, also um Geschäfte auf laufende Rechnung, die sich in Wirklichkeit nicht als Commissionsgeschäfte qualificirten.

Das Nämliche gilt aber auch von den verschiedenen aus Cursdifferenzen auf Prolongationen bestehenden Posten, da sich nicht entnehmen läßt, ob diese Posten mit Commissions-Geschäften zusammenhiengen, oder ob sie aus Prolongationen bei Lieferungs-Geschäften zwischen der Handlung B. und Frau R. oder sogar aus bloßen Differenzgeschäften zwischen beiden Parteien, bei welchen eine Lieferung der Papiere von vorn herein nicht beabsichtigt war, entstanden.

Wie demnach der zu den Acten gebrachte Rechnungs-Auszug keinen Anhaltspunkt für die Annahme gibt, daß das Contocorrent-Verhältniß, welches zwischen den gegenwärtigen Parteien bestand, eine laufende Rechnung in Commissionsgeschäften gewesen, so hat die dermalige Klägerin selbst in ihrer Imploration vom 8. Sept. 1866 anerkannt, daß es sich hierbei um eine andere Art von Contocorrent-Verhältniß handelte. Denn nicht anders kann die von jener daselbst abgegebene Erklärung verstanden werden, aus sonstigen Geschäften, aus Mangels Zahlung retour gekommenen Tratten und dergleichen stehe ihr gegen die Imploratin ein Contocorrent-Guthaben per 4. Sept. 66 von fl. 6540. 13 kr. zu, für welches

sie verschiedene Effecten der Verklagten in Depot habe; abgesehen davon aber habe sie in Folge eines im Auftrage und für Rechnung dieser letzteren abgeschlossenen Prolongations-Geschäfts am 30. Aug. d. J. die Summe von fl. 24902. 34 kr. für 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen zu beziehen.

Die Gebrüder B. haben demnach selbst unterschieden zwischen ihrem Guthaben aus einem Contocorrent-Verhältniß und ihrer Forderung aus einem Commissions-Geschäfte, welches sie im Auftrage und für Rechnung der Frau R. abgeschlossen; sie haben anerkannt, daß sie für jenes Guthaben, nicht aber für letztere Forderung Werthpapiere der Imploratin in Depot hätten; sie haben endlich, obwohl sie den Contocorrent am 4. September abgeschlossen, ihre am 30. August fällige Forderung aus dem Commissions-Geschäfte nicht in die laufende Rechnung aufgenommen.

Dies alles weist mit Entschiedenheit darauf hin, daß das Contocorrent-Verhältniß, in welchem die beiden Parteien standen, kein solches in Commissions-Geschäften war.

Indem aber das Distractionsrecht des Allg. D. H. Art. 375, soweit dieser Artikel hier überhaupt denkbarer Weise anwendbar ist, dem Commissionär nur wegen Forderungen aus laufender Rechnung in Commissions-Geschäften eingeräumt ist, dieses Verkaufsrecht aber streng zu interpretiren ist, und daher nicht dem Commissionär für Forderungen aus laufender Rechnung überhaupt an den Committenten zusteht, wie das Urtheil erster Instanz in seinen Entscheidungsgründen in Abweichung von seiner früher ausgesprochenen Ansicht

Erk. des Stadtger. I. v. 23. Nov. 1866 in Sachen
v. Bonstetten u. Cons. gegen Metzler.
Rundschau der jurist. Gesellschaft in Frankf. a. M.
Jahrg. 1868. S. 273 a. E.

behauptet, fehlte es dem Effecten-Verkauf vom 14. Sept. 1866 an einer weiteren wesentlichen Voraussetzung, derjenigen nämlich, daß die dadurch zu deckende Forderung eine solche in

laufender Rechnung in Commissions-Geschäften gewesen wäre.

Wollte man jedoch selbst annehmen, daß das Contocorrent-Verhältniß, welches zwischen den Parteien bestand, eine laufende Rechnung in Commissions-Geschäften war, so waren die 75 Stück österreichischer Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen nicht in laufender Rechnung gekauft, und beziehungsweise durch die Commissionärin als Selbstverkäuferin verkauft. Dies ergibt sich einmal daraus, daß, wie schon früher bemerkt worden, der Preis dieser Papiere der Verklagten im Contocorrent nicht zur Last geschrieben worden; dies folgt aber nicht weniger aus der Art, wie die Klägerin in ihrer Imploration vom 8. Sept. 1866 zwischen ihrem Contocorrent-Guthaben und ihrer Forderung wegen jener Werthpapiere unterschieden hat.

Das Distractionsrecht aber, welches das Allg. D. H. Art. 375 dem Commissionär am Commissionsgute wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissions-Geschäften einräumt, ist offenbar nur von solchem Commissionsgute gemeint, welches jenem zum Verkaufe in laufender Rechnung übergeben worden oder in dessen Gewahrsam durch Einkauf in laufender Rechnung gekommen ist. Für diese Auffassung sprechen außer der Natur der Sache die Motive zum preußischen Entwurfe (Motive S. 158), welche die Ausdehnung des Verkaufsrechts des Commissionärs am Commissionsgute auf nicht connexe Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften dadurch begründeten, daß die einzelnen Geschäfte, wenn die Parteien in Contocorrent-Verhältniß stünden, aufhörten vereinzelte zu sein. Hieraus folgt zweifellos, daß solches Commissionsgut, welches in Folge eines vereinzelten Commissions-Geschäfts in den Händen des Commissionärs sich befindet, für Forderungen desselben aus einer laufenden Rechnung, mit welcher jenes Geschäft nichts gemein hatte, nicht haftet.

§ 5.

Fortsetzung. — Widerrechtlichkeit des Verkaufs auf Grund kaufmännischen Retentionsrechts.

Faßt man die Ergebnisse der vorstehenden Ausführungen zusammen, so war der durch die Gebrüder B. unter'm 14. Sept. 66 veranstaltete Effecten-Verkauf, von welcher Seite man ihn auch betrachten mag, ein unberechtigter.

Er war widerrechtlich, insoferne er sich auf Art. 343 des Allg. D. H. stützte, weil Frau R. ihren Verzug hinsichtlich der Empfangnahme der 75 Stück österr. Creditactien und der 8000 Doll. amerikan. Obligationen purgirt hatte, ehe und bevor es zum Verkaufs-Abschlusse gekommen war.

Er war unberechtigt nach Maaßgabe des Art. 354, weil der von Frau R. für jene Papiere den Gebrüdern B. geschuldete Kaufpreis von fl. 24902. 34 kr. den letztern vor dem Verkaufe angeboten worden war.

Er war unstatthaft nach Maaßgabe der Art. 374, 375,

weil er für das Contocorrent-Guthaben von angeblich fl. 6540. 13 kr., dessen Deckung dadurch beabsichtigt wurde, gerichtlich nicht bewilligt war; —

weil die Gebrüder B. als Eigenthümer der betreffenden Papiere kein Pfandrecht daran hatten;

weil, abgesehen hiervon, der Handlung Gebrüder B. als Selbstverkäuferin dieser Effecten das Distractionsrecht der Art. 374, 375 nicht zukam;

weil Frau R. in Beziehung auf die Contocorrentschuld, welche durch jenen Verkauf gedeckt werden sollte, nicht im Verzuge war;

weil endlich diese Schuld keine solche aus laufender Rechnung in Commissions-Geschäften war; jedenfalls die gedachten Effecten kein Commissionsgut waren, welches in laufender Rechnung eingekauft, beziehungsweise in solcher Art durch die Commissionärin als Selbstverkäuferin verkauft worden.

Der Effecten-Verkauf vom 14. Sept. 1866 war endlich auch nicht auf Grund eines den Gebrüdern B. an den betreffenden Papieren zustehenden Retentionsrechts statthaft.

Ob die Handlung Gebrüder B. den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts zufolge befugt war, die gedachten Papiere wegen ihres Contocorrent-Guthabens zu retiniren, nachdem sie Frau R. aufgefordert hatte, diese Effecten entgegenzunehmen und deren Verkauf wegen Verzugs der Schuldnerin in Erfüllung ihrer Bezugsverbindlichkeiten gerichtlich beantragt hatte, mag um deswillen dahingestellt bleiben, weil in dem Retentionsrechte des allgemeinen bürgerlichen Rechts eine Distractionsbefugniß nicht enthalten ist.

Indem vielmehr nur das kaufmännische Retentionsrecht dem Gläubiger ein directes Befriedigungsmittel dadurch gewährt, daß es ihn berechtigt, unter gewissen Voraussetzungen sich durch Verkauf der retinirten Gegenstände bezahlt zu machen, kann es sich hier nur darum handeln, ob die Bedingungen eines derartigen Zurückbehaltungsrechts, so wie einer auf dessen Grund befugten Distraction der in Frage stehenden Papiere gegeben waren.

Daß dem aber nicht so war, vermag keinem Zweifel zu unterliegen.

Zwar kann man sich hier nach Maßgabe des Einführungs-Gesetzes zum Allg. D. H. für Frankfurt v. 17. Octob. 1862 Art. 15 nicht darauf berufen, daß das kaufmännische Retentionsrecht nach Art. 313 des Allg. D. H. nur einem Kaufmann gegen einen Kaufmann zusteht, während Frau R. die Eigenschaft einer Handelsfrau abging; ebensowenig kommt die fernere Bestimmung des Art. 313 in Betracht, wonach jenes Recht nur für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften Statt findet, — eine Voraussetzung, die vorliegends nicht zutraf.

Wohl aber fehlte es abgesehen hiervon an solchen Bedingungen des kaufmännischen Retentionsrechts, welche das

Allg. d. H. erfordert, und die durch das Frankfurter Einführungs-Gesetz nicht beseitigt worden sind.

Sieht man nämlich auch davon ab, daß die in Frage kommende Contocorrentforderung wegen mangelnder Anerkennung der laufenden Rechnung Seitens der Frau R. nicht fällig war, und daß die Schuldnerin sich nicht in einem Zustande der Unsicherheit nach Maßgabe des Allg. D. H. A. 314 befand so ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach Art. 313 Abs. 1 dem Gläubiger an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners eingeräumt. Indem nun die 75 Stück österreichische Creditactien und die 8000 Doll. amerikan. Obligationen, wie früher gezeigt worden, in das Eigenthum der Frau R. nicht übergegangen waren, fehlte es in dieser Hinsicht an einer der wesentlichen Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechts.

Die Retention der betreffenden Papiere widersprach aber ferner der von der Gläubigerin übernommenen Verpflichtung dieselben an Frau R. zu liefern,

Art. 313 Abs. 2

während andrerseits der durch Art. 314 vorgesehene Fall der Unsicherheit der Schuldnerin, für welchen ungeachtet einer solchen Verpflichtung des Gläubigers das Zurückbehaltungsrecht Statt findet, nicht vorlag, auch nicht einmal behauptet worden war.

Endlich kann eine Distraction auf Grund kaufmännischen Retentionsrecht nur in der Art geschehen, daß der Gläubiger, welcher die retinirten Gegenstände verkaufen lassen will, gegen den Schuldner klagend auftritt und ein gerichtliches Erkenntniß verlangt und erlangt, welches die Zahlungspflicht des Schuldners und das Recht des Gläubigers anerkennt, sich durch Verkauf der retinirten Sachen zu befriedigen.

Art. 315.

Die Gebrüder B. haben aber in ihrer Imploration vom 8. Sept. 1866 nicht die gerichtliche Anerkennung der Zahlungspflicht der Frau R. hinsichtlich des Contocorrent-Guthabens

verlangt; sie haben nicht den richterlichen Ausspruch nachgesucht, daß sie befugt seien, die in Frage stehenden Papiere für ihre Forderung aus laufender Rechnung zu verkaufen.

Auch war jene Imploration, durch welche die Ertheilung der erbetenen Verkaufsbewilligung ohne Anhörung der Imploratin nachgesucht wurde, keine Klage, wie sie Art. 315 behufs der Einleitung der Distraction auf Grund des kaufmännischen Retentionsrechtes erfordert, sondern ein gerichtlicher Executionsantrag,

Renaud Civilproceßrecht, S. 661 a. E., 662

und die darauf unter'm 10. Sept. 1866 ergangene gerichtliche Verfügung kein Urtheil, sondern ein einfaches Dekret.

Hiernach war der Effecten-Verkauf vom 14. Sept. 1866 auch vom Gesichtspunkte eines kaufmännischen Retentionsrechtes aus ein unberechtigter, da es hier nicht allein an den Voraussetzungen eines derartigen Zurückbehaltungsrechts fehlte, sondern auch an den Formen mangelte, unter welchen kraft dieses Rechts der Gläubiger zur Distraction der retinirten Gegenstände befugt ist.

§ 6.

Die Wirkungen der Widerrechtlichkeit des Effecten-Verkaufs vom 14. Sept. 1866.

Die vorausgegangenen Erörterungen ergeben das zweifellose Resultat, daß der von der Handlung Gebrüder B. unter'm 14. Sept. 1866 für Rechnung der Frau R. vorgenommene Verkauf von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen ein widerrechtlicher war.

Aus dieser Widerrechtlichkeit folgt nicht die Ungültigkeit des betreffenden Verkaufs, von welcher vorliegend überhaupt nicht die Rede ist. Wie nämlich nicht jedes an einer Rechtswidrigkeit leidende Rechtsgeschäft um deßwillen ein ungültiges ist, so ist die Richtigkeit des Verkaufs vom 14. Sept. 1866 nicht gel-

tend gemacht worden. Es handelt sich für Frau R. nicht darum, die in Frage stehenden Werthpapiere, welche ihr nie geliefert worden, die daher auch nie in ihr Eigenthum übergegangen, gegenüber den jetzigen Besitzern an sich zu ziehen, — ein Vorhaben, welchem überdies die Bestimmungen des Allg. D. H. A. 306 u. 307 entgegenstehen würden. Wohl aber handelt es sich hier um die Verbindlichkeit der Gebrüder B. zum Ersatz des Schadens, welchen sie durch jenen Effecten-Verkauf der Frau R. zugefügt haben, – beziehungsweise um deren Verpflichtung zur Lieferung von 75 Stück österr. Creditactien und 8000 Doll. amerikan. Obligationen, die sie auf Grund der angeblichen Berechtigung jenes Verkaufs bisher verweigert haben.

Daß nun zunächst die Schadensersatzpflichtigkeit der Gebrüder B. aus der Widerrechtlichkeit des in Frage stehenden Verkaufs folgt, vermag an sich keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen, weil, wenn dieser Verkauf ein unberechtigter war, die Kläger ohne Entschuldigung, überhaupt ohne allen Rechtsgrund, ihren Verbindlichkeiten als Commissionäre wie als Selbstverkäufer gegenüber der Verklagten nicht nachgekommen sind.

Zwar hat das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 20. Febr. 1871 auszuführen versucht, es lasse sich aus dem am 14. Sept. 1866 vollzogenen Verkaufe der Werthpapiere ein Entschädigungsanspruch gegen die Klägerin selbst dann nicht herleiten, wenn man annehme, daß diese als Selbstverkäuferin verbunden gewesen wäre, die Papiere gegen die angebotene Zahlung an die Verklagte auszuliefern, und daß sie in Betreff ihrer Lieferungspflicht durch dieses Angebot in Verzug gesetzt worden sei. Denn unter einer solchen Voraussetzung habe die Klägerin nach Anleitung der Art. 355 u. 357 des Allg. D. H. der Verklagten als Schadensersatz nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem laufenden Tagesbörsen-Curse der Papiere zu vergüten gehabt, eine Vergütung, welche dadurch gewährt worden sei, daß die Gebrüder B. den Betrag

des Mehrerlöses der Papiere mit fl. 1741. 41 der Frau R. gutgebracht hätten.

Indessen sind die rechtlichen Gesichtspunkte, von welchen das appellationsgerichtliche Erkenntniß ausgegangen, hier nicht zutreffend.

Die Gebrüder B. waren zwar nach ihrer eigenen Erklärung in der Replik bei Ausführung der ihnen ertheilten Commission als Selbstverkäufer eingetreten; die Committentin Frau R. war auch, abgesehen hiervon, berechtigt, dieselben als Selbstverkäufer in Anspruch zu nehmen, weil die Einkaufs-Commission auf Werthpapiere mit Börsenpreis ging, und die Commissionäre nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Verkäufer namhaft gemacht hatten.

Allg. D. H. A. 376.

Folgt hieraus, daß die Gebrüder B., wie früher gezeigt worden, der Vortheile aus den Art. 374, 375 des Allg. D. H. verlustig geworden, so war deßhalb das zwischen ihnen und der Verklagten eingegangene Commissions-Verhältniß nicht schlechtweg beseitigt. — Wie jene außer dem Einkaufspreise der Papiere der Committentin die gewöhnliche Provision und die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten in Anrechnung zu bringen befugt waren,

Allg. D. H. A. 376

so blieben sie dieser aus der erhaltenen und übernommenen Commission verpflichtet.

Sie waren ihr demnach nicht bloß als Verkäufer, sondern als Commissionäre zur Lieferung der betreffenden Werthpapiere verbunden; und da sie dieser Lieferungs-Pflicht unter'm 12. Sept. 1866 nachzukommen sich geweigert, nach Maßgabe des Allg. D. H. A. 362 der Frau R. zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welchen dieselbe in Folge davon erlitten, daß ihr Commissionär nicht gemäß dem übernommenen Auftrage gehandelt.

Auf jenen Art. 362 hat denn auch die Verklagte ihren sowohl einredeweise wie auf dem Wege einer Widerklage geltend-gemachten Schadensersatz-Anspruch zunächst gestützt, und nicht auf die Art. 355 u. 357, welche sich auf die Rechte des Käufers gegen den mit der Uebergabe der Waare im Verzuge befindlichen Verkäufer beziehen, Artikel, welche das obergerichtliche Erkenntniß allein in Betracht genommen hat.

Der Schaden aber, welchen Frau R. dadurch erlitten hat, daß ihre Commissionärin, die Handlung Gebrüder B., nicht gemäß dem übernommenen Auftrage gehandelt, daß diese ihr mit A. W. die Papiere nicht am 12. Sept. 1866 geliefert hat, d. h. an dem Tage, an welchem jene sich bereit erklärt hatte, die Effecten unter Erfüllung ihrer Zahlungsverbindlichkeiten in Empfang zu nehmen, besteht in der Hauptsache, und um von Dividenden und Zinsen abzusehen, naturgemäß darin, daß ihr der Gewinn entgangen ist, welchen sie mit den ihr gelieferten Papieren in Folge von inzwischen eingetretener bedeutender Curs-Erhöhung gemacht haben würde.

Maaßgebend für die Berechnung dieses Schadens ist nicht die Differenz zwischen dem unter den Parteien verabredeten Einkaufspreise und dem Curse der Papiere am 14. September, an dem Tage, an welchem dieselben durch die Gebrüder B. in widerrechtlicher Weise verkauft worden, — sondern die Differenz zwischen jenem Preise und dem höchsten Curse, welchen die Papiere inzwischen erreicht haben und beziehungsweise noch erreichen werden, bis rechtskräftig erkannt ist, daß Klägerin ihrer Lieferungspflicht mit Unrecht nicht nachgekommen, daß mit a. W. der von ihr unter'm 14. Sept. 1866 veranstaltete Verkauf ein widerrechtlicher gewesen.

Dieser Maaßstab der Schadensberechnung muß hier um deßwillen zu Grunde gelegt werden, weil unter den Parteien unbestritten ist, daß Frau R. durch die von ihr ertheilte Einkaufs-Commission Spekulations-Papiere zu erwerben bezweckte, während andrerseits im Zweifel angenommen werden muß, es würde dieselbe, welche vielfach in Werthpapieren speculirte, den

für sie vortheilhaftesten Zeitpunkt für die Wiederveräußerung der ihr gelieferten Effecten abgewartet haben.

Wollte man jedoch diesen Maßstab für die Berechnung des von der Verklagten sowohl excipiendo wie reconveniendo erhobenen Schadensersatz-Anspruches nicht gelten lassen, so ist. jedenfalls das in der Widerklage eventuell gestellte Gesuch für begründet zu erachten, daß nämlich Kläger und Widerverklagte für schuldig erkannt werden, an Frau R. 75 Stück österr Creditactien zum Curse von 127 und 8000 Doll. amerikan. Obligationen zum Curse oon 72 zu liefern.

Zu dieser Lieferung ist die Handlung Gebrüder B. zweifellos in ihrer Eigenschaft als Selbverkäuferin verpflichtet, und zwar wie nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen, so auch nach Art. 355 des Allg. D. H.

Denn sie kann sich gegenüber der von Frau R. auf dem Wege der Widerklage angestellten actio emti nicht auf den Effecten-Verkauf vom 14. Sept. 1866 berufen, da dieser ein unberechtigter war; andrerseits kann sie gegenüber jener Klage nicht die thatsächliche Unmöglichkeit der Leistung geltendmachen, weil es sich hier nicht um die Lieferung individuell bestimmter Papiere, sondern um diejenige von Papieren einer gewissen Art und von einem gegebenen Nominalbetrage handelt.

Der vom Appellationsrichter hervorgehobene Umstand, daß die Widerklage in erster Linie nur auf Schadensersatz gerichtet, steht der Berücksichtigung des eventuellen Gesuchs auf Lieferung der Papiere nicht entgegen, da letzteres eben für den Fall gestellt worden, daß dem principalen Antrage der Widerklage nicht Statt gegeben werden sollte. Indem das appellationsgerichtliche Urtheil diesen Antrag verworfen, hätte es, was nicht geschehen ist, die Begründung des eventuellen Suchens seiner Erwägung unterwerfen sollen.

Aus diesen Gründen geht denn unser rechtliches Erachten dahin, daß der durch die Gebrüder B. unter'm 14. September 1866 für Rechnung der Frau R. vollzogene Effecten-Verkauf ein widerrechtlicher gewesen und daß jene hiernach verpflichtet

sind, der Verklagten und der Widerklägerin den durch die unterlassene Lieferung der betreffenden Papiere verursachten Schaden zu ersetzen, beziehungsweise ihr 75 Stück österreichische Creditactien zum Curse von 127 und 8000 Doll. amerikan. Obligationen zum Curse von 72 zu liefern.

See-Versicherung.

I. **Ist die General-Police eine Police, d. h. ein vom Assecuradeur dem Versicherungsnehmer über eine Versicherung ausgestellter Schein?**

II. **Worin bestehen die Unterschiede zwischen der General-Police und der Special-Police?**

III. **Ueber die zweifache Bedeutung der General-Police, wonach mittelst derselben einerseits die Uebernahme von Versicherungen in einem gegebenen Umfang zugesagt wird, während dieselbe andererseits als Police für die zum Abschluß gekommenen Assekuranzen dienen soll?**

IV. **Welche Bedeutung hat die Clausel: „Für Rechnung wen es angeht" im Assecuranzvertrage?**

V. **Wenn diese Clausel bedeutet: daß es in dem Versicherungsvertrage unbestimmt gelassen ist, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird, so ist und bleibt doch derjenige, auf welchen eine Police mit einer solchen Clausel lautet, Versicherungsnehmer und ist nicht etwa nur ein Vermittler einer einem Dritten gegebenen Versicherung.**

VI. **Wann ist Versicherung für eigene Rechnung und wann eine solche für fremde Rechnung vorhanden?**

VII. **Grundsätze über die Versicherung für fremde Rechnung insbesondere nach dem Allg. D. H.**

VIII. **Wem wird der Assecuradeur bei Versicherung für fremde Rechnung verpflichtet?**

IX. **Wenn der Dritte, für dessen Rechnung die Versicherung übernommen wurde, der wirkliche und alleinige Gläu-**

biger des Assecuradeurs ist, welche Befugnisse stehen dem Versicherungsnehmer nach dem Allg. D. H. zu, und befinden sich dieselben etwa im Widerspruch mit jenem Grundsatz, wonach der Dritte Versicherte der Gläubiger des Assecuradeurs ist?

X. **Wie verhält es sich mit Compensationen von Forderungen des Assecuradeurs gegen den Versicherungsnehmer in dem Falle, wenn gegen den Assecuradeur die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage von dem Versicherten oder auch von dem Versicherungsnehmer oder dessen Rechtsnachfolgern geltend gemacht werden?**

Rechtsgutachten

für die

Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz" in Zürich.

Die Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz" hat mit Rücksicht auf ein Urtheil des Handelsgerichts in Z. vom 20. November 1874, durch welches sie dem B. Bankverein als Vertreter des Hauses G. M. & fils in Liquidation in G. zur Bezahlung einer Versicherungssumme von frcs. 15000 nebst Zinsen und Kosten verurtheilt worden ist, die Abgabe eines Rechtsgutachtens beantragt. Da der besagte Rechtsstreit dadurch erledigt ist, daß die Verklagte die Judicatssumme bezahlt hat, so handelt es sich bei der gewünschten Begutachtung nicht um eine Prüfung der abgegebenen Entscheidung, zu dem Zwecke, um ein der Quärentin günstigeres Erkenntniß in einer höheren Instanz zu erwirken. Vielmehr wünscht die Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz" im Interesse ihres ferneren Geschäftsbetriebes eine Erörterung der Frage, ob die Grundsätze, von welchen das Z. Handelsgericht bei Beurtheilung jener Streitsache ausgegangen ist, für die richtigen zu erachten sind, oder ob nicht eine andere rechtliche Auffassung begründet erscheint; insbesondere soll die Bedeutung der General-Policen, welche die Transport-Versicherungs-Gesellschaft auszustellen

pflegt, geprüft und untersucht werden, wer bei einer auf eine derartige Police gegebenen Versicherung „für Rechnung, wen es angeht“ nach Eintritt des Schadens, gegen den versichert wurde, zur Erhebung der Versicherungssumme berechtigt ist.

Nur soweit es sich um die angedeuteten prinzipiellen Fragen handelt, ist das Thatsächliche des fraglichen Rechtsstreits im Folgenden nebst den Entscheidungsgründen des Handelsgerichts darzulegen. Hieran wird sich eine Prüfung dieser Gründe, und dann die selbstständige Erörterung jener Fragen, sowie die Anwendung der gefundenen Ergebnisse für die Beurtheilung des betreffenden Rechtsfalls knüpfen.

§ 1.

Der Rechtsstreit zwischen dem Basler Bankverein in Basel als Kläger und der Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz“ in Zürich, Verklagte.

Laut einer „Zürich den 8. Dezember 1871“ datirten General-Police Nr. 12, 725 versicherte die „Schweiz“ Herrn Ed. v. W. in Genf „für Rechnung wen es angeht,“ dessen sämmtliche Waarensendungen nach „Yokohama“ unter näher bezeichneten Bedingungen für die Zeit vom 5. Dezember 1871 bis 8. Dezember 1872, mit der Bestimmung, daß, falls nicht 4 Wochen vor Ablauf der Police eine Kündigung erfolge, die Versicherung je für Ein Jahr als erneuert gelten sollte.

Nach Maßgabe der auf der Rückseite der Police abgedruckten „Besonderen Versicherungs-Bedingungen“ Art. V. sollte der Versicherte gehalten sein, sämmtliche Versendungen, welche Gegenstand der Police seien, zur Versicherung anzumelden, beziehungsweise in dem ihm zur Verfügung gestellten Versicherungs-Journal zu verzeichnen. Wohnte der Versicherte in Zürich oder an einem Orte, wo sich ein Vertreter der Gesellschaft befindet, so mußte nach der weiteren Anordnung des Art. V. das Versicherungs-Journal, in welches eine Eintragung erfolgt, noch an demselben Tage der Direction resp.

dem Agenten der Gesellschaft zur Bescheinigung der Notiznahme vorgelegt werden. Andernfalls sollte der Versicherte verpflichtet sein, sofort auf ein dazu bestimmtes Formular eine Abschrift von den geschehenen Eintragungen der Direction oder dem Agenten zuzusenden.

In der letztgenannten Weise meldete nun W. vom 6. Januar bis 11. März 1874 bei der „Schweiz" 11 Verladungen nach Yokohama auf die General-Police Nr. 12725 an. Unter diesen Verladungen befand sich eine Kiste „Horlogerie" mit Marke M. F. 25 und Datum 1. Februar 1874, hinsichtlich welcher Marseille als Abgangsort und Yokohama als Bestimmungsort bezeichnet und die Versicherungssumme auf frcs. 15,000 angegeben war. Die Absender dieser hier allein in Frage kommenden Kiste waren die Herren G. M. & fils in Genf; die Kiste sollte in Yokohama an die Hongkong- und Shanghai-Bank für Rechnung der Herren Abegg, Borel & Co. abgeliefert werden.

Sie wurde am 28. Januar 1874 nach Marseille versandt, und dort laut einem in 4 Exemplaren ausgestellten Connossement d. d. 1. Februar 1874 durch die Betriebs-Direction der Messageries maritimes auf das Dampfschiff „Sierk" behufs des Transports nach Yokohama verladen. In Hongkong wurde die Kiste auf den Dampfer „Nil" übergeladen, welcher am 5. März an der Küste Japans sammt der ganzen Ladung unterging.

Bereits im Februar hatten G. M. & fils vom Basler Bankverein, welchem sie zwei Exemplare des Connossements übersandt hatten, auf die Kiste M. F. 25 einen Vorschuß von frcs. 9435 erhalten, und war von diesem Verein die Hongkong- und Shanghai-Bank in Yokohama, an welche zugleich ein Connossements-Exemplar übermacht wurde, angewiesen worden, besagte Kiste gegen Zahlung von frcs. 9435 an Abegg, Borel & Comp. daselbst auszuliefern. Die Bank in Yokohama, welche diesen Auftrag angenommen hatte, schickte später dem Basler Bankverein das Connossement mit dem Bemerken zurück, daß die in Frage stehende Sendung beim Schiffbruch des Dampfers „Nil" untergegangen sei.

Die Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz," welche an sich ihre Verpflichtung zur Bezahlung der Versicherungssumme von frcs. 15000 für die von ihr versicherte und verloren gegangene Kiste nicht bestritt, weigerte sich, diese Summe an den Basler Bankverein, welcher dieselbe als Pfandgläubiger und pfandweiser Besitzer des Connossements, resp. als Cessionar von G. M. & fils in Anspruch nahm, zu bezahlen.

Die „Schweiz" ging davon aus, daß sie durch die von ihr übernommene Versicherung in keinerlei rechtliche Beziehung zu G. M. & fils getreten sei und daß demnach eine vom letztgenannten Hause vorgenommene Cession und beziehungsweise Verpfändung ihre Verbindlichkeit zur Bezahlung der Assecuranzsumme nicht berühren könnte.

Diese Summe schulde sie dem von ihr Versicherten, Herrn v. W., an welchen sie aber eine compensable Gegenforderung und einen an ihre Ordre von Abegg, Borel & Comp. ausgestellten und von W. acceptirten unbezahlt gebliebenen Wechsel im Betrage von 6388 frcs. 58 cent. habe.

W. sei außerdem Associé und Agent des Hauses Abegg, Borel & Comp. gewesen. Sei dieses letztere Haus in Folge jener Thatsache als der Versicherte zu betrachten, so habe die „Schweiz" auch hier eine Gegenforderung in dem obengenannten Betrage, welchen ihr Abegg, Borel & Comp. als ihr Agent für nicht eingelieferte Prämien schulde, und wofür ihr von dieser der nicht eingelöste Wechsel begeben worden sei.

Dies im Wesentlichen die thatsächlichen Verhältnisse und rechtlichen Ausführungen, welche sowohl außergerichtlich, wie später in dem vom Basler Bankverein gegen die Transport-Versichernngsgesellschaft „Schweiz" angestrengten Prozesse geltend gemacht worden sind.

Das Züricher Handelsgericht ging nun, indem es die verklagte Gesellschaft „Schweiz" verurtheilte, im Wesentlichen von folgenden Erwägungen aus:

Die Versicherungs-Gesellschaften pflegten an ihre Agenten und Unteragenten an dritten Plätzen General-Policen für Waarensendungen „für Rechnung wen es angeht" auszustellen.

Der Agent merke die Versicherungen, die er erhalten, unter Anzeige an die Versicherungs-Gesellschaft resp. an die Hauptagentur in dem zur General-Police gehörigen Journale vor, dem Versicherten werde in der Regel eine bloße Bescheinigung, nicht eine förmliche Police behändigt.

So sei es auch im vorliegenden Falle geschehen; G. M. & fils seien diejenigen gewesen, welche durch die Vermittlung von G. v. W. bei der Verklagten die Kiste versichert hätten. Wenn die „Schweiz" die Eigenschaft W.'s als ihres Agenten in Abrede stelle, so ergebe sich die Unrichtigkeit dieser Behauptung daraus, daß derselbe laut einer von der Verklagten gestellten Abrechnung ein Prämien-Rabatt von ihr erhalten habe. Durch Aufnahme der Worte: „für Rechnung wen es angeht," in die General-Police habe Verklagte ihren Willen ausgesprochen, als den wirklichen Versicherten die Person anzuerkennen, welche bei Eintritt eines unter die Versicherung fallenden Schadens durch die nöthigen Beweismittel, wie Connossement, Faktura u. dergl. sich als denjenigen ausweisen würde, der als Eigenthümer, Pfandgläubiger u. dergl. bei dem Verlust interessirt sei.

Der Einwand, daß Kläger die Forderung nicht geltend machen könne, weil ihm an der Police weder Eigenthum übertragen noch ein Pfandrecht bestellt worden sei, erscheine als unhaltbar. Eine General-Police der Art nämlich, wie sie hier ausgegeben worden, stelle sich nicht als eigentlicher Versicherungsvertrag, sondern als ein Vertrag dar, der auf Abschluß künftiger Versicherungen zu Gunsten Dritter gerichtet sei. Eine solche General-Police könne demnach nicht als ein Papier angesehen werden, an welches die Existenz der Forderung geknüpft sei. Auch habe die Verklagte nicht behauptet, daß im vorliegenden Falle eine Spezial-Police ausgestellt worden sei oder habe ausgestellt werden sollen.

Die Befugniß des Basler Bankvereins, theils aus eigenem Rechte, theils als Cessionar oder Vertreter von G. M. & fils die Versicherungsgelder einzuklagen, stehe demnach außer Zweifel. Dagegen finde die von der Verklagten vorgeschützte Compensations-

einrede nicht statt. Denn behaupte jene eine Forderung von 6388 frcs. 81 cent. aus einem von Abegg, Borel & Comp. gezogenen und von W. acceptirten unbezahlt gebliebenen Wechsel zu haben, so seien G. M. & fils die Versicherten; es sei aber ein allgemeiner, auch durch das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch im Art. 875 anerkannter handelsrechtlicher Grundsatz, daß bei der Versicherung für fremde Rechnung der Versicherer Forderungen, die ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehen, nicht zur Compensation bringen könne.

§ 2.

Kritik des Urtheils des Z. Handelsgerichts.

Die Entscheidungsgründe des Z. Handelsgerichtlichen Erkenntnisses erscheinen bei näherer Prüfung als durchaus unstichhaltig.

Unrichtig ist vorerst die Auffassung, von welcher das Gericht hinsichtlich der von der „Schweiz" ausgegebenen General-Police ausgegangen ist, wenn es dieselbe nämlich nicht als wahre Police, sondern lediglich als ein auf die Abschließung künftiger Versicherungen bezügliches Papier betrachtet.

Die General-Police ist, — worauf schon der Namen hinweist, — eine Police, d. h ein vom Assecuradeur dem Versicherungsnehmer über eine Versicherung ausgestellter Schein.

Sie unterscheidet sich von der Spezial-Police zunächst dadurch, daß Letztere auf eine einzelne Versicherung sich bezieht, jene mit Rücksicht auf eine in Aussicht genommene Mehrheit von Versicherungen ausgestellt wird. So hatte die „Schweiz" mittelst der General-Police Nr. 12725 Herrn v. W. dessen sämmtliche Waarensendungen nach Yokohama für eine unbestimmte Zeit versichert.

Damit hängt ein anderer Unterschied zusammen. Die Spezial-Police wird dem Versicherungsnehmer bei oder nach der Perficirung des Assecuranzvertrags ausgehändigt; die General-Police dagegen vor der Abschließung der einzelnen Versicherungen. Der Assecuradeur stellt General-Policen

solchen Personen aus, mit welchen er in dauernde Geschäfts-Verbindung zu treten, denen er wiederholte Versicherungen zu geben gedenkt. Daß mit der Aushändigung einer Generalpolice des Inhalts, die Gesellschaft N. N. versichert Herrn X. dessen sämmtliche Waarensendungen nach Y. für die und die Dauer noch keine Versicherung zum Abschluß gekommen, ist selbstverständlich, da es hier noch an jeder näheren Bezeichnung des versicherten Gegenstandes fehlt. Die einzelnen Versicherungsverträge werden bei Transportversicherungen, die hier allein in Frage stehen, erst dadurch perfect, daß die versandten oder bestellten Waaren vom Versicherungsnehmer in das ihm mit der General-Police übergebene Versicherungs-Journal eingetragen werden und daß von diesem Eintrag in der durch die Versicherungsbedingungen näher bestimmten Weise dem Versicherer Kenntniß gegeben wird. Der Assecuradeur, welcher eine General-Police ausstellt, schenkt dem Empfänger desselben das Vertrauen, daß er ihn ermächtigt, ohne seine weitere Mitwirkung eine größere oder geringere Zahl von Versicherungen mit ihm zum Abschluß zu bringen, und zwar mittelst gehöriger Eintragung und Anmeldung der versicherten Gegenstände, der Versicherungssumme und der nach Maßgabe eines gegebenen Tarifs zu berechnenden Prämie, selbstverständlich innerhalb der durch die Generalpolice selbst sowie durch die denselben beigedruckten Allgemeinen und besonderen Bedingungen bezeichneten Grenzen. Hat sonach die Aushändigung einer General-Police zunächst die Bedeutung, wie auch in Art. V. der besonderen Versicherungsbedingungen der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz" ausdrücklich hervorgehoben, daß der Assecuradeur sich zum Voraus verbindlich mache, die vom Empfänger der Police eingetragenen und angemeldeten Waarensendungen oder Bezüge zu versichern, und bezieht sie sich insofern, wie das Z. Handelsgericht sich ausdrückt, auf den Abschluß künftiger Versicherungen, so ist damit der Character eines solchen Scheins noch keineswegs in erschöpfender Weise bezeichnet.

Vielmehr ist die General-Police mit Rücksicht auf die Versicherungen, welche auf deren Grund zum Abschluß gelangt sind, eine wahre Police und sind die so zu Stande gekommenen

Assecuranzen als solche zu betrachten, hinsichtlich deren eine Police ertheilt worden ist.

Es beruht demnach auf einem Verkennen der Bedeutung der General-Police, wenn in den Entscheidungsgründen zum Urtheil des Z. Handelsgerichts bemerkt wird, daß Versicherungs-Gesellschaften, welche General-Policen ausstellten, dem Versicherten in der Regel eine bloße Bescheinigung, nicht aber eine förmliche Police aushändigten; und wenn ferner daselbst hervorgehoben wird, es habe Verklagter nicht behauptet, daß im vorliegenden Falle eine Spezial-Police ausgestellt worden sei, oder hätte ausgestellt werden sollen. Denn es vertritt die General-Police für die einzelnen im Versicherungs-Journal gehörig eingetragene und angemeldete Versicherung ganz und gar eine Spezial-Police.

Wir haben die Bedeutung der General-Police dargelegt, wie sie sich aus dem Begriffe selbst sowie aus dem nicht allein bei der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz," sondern auch bei anderen Assecuradeurs üblichen Gebrauch derartiger Scheine ergiebt. Der zweifache Character dieser Papiere aber, mittelst welcher einerseits die Uebernahme von Versicherungen in einem gegebenen Umfang zugesagt wird, während sie andererseits als Policen für die zum Abschluß gekommenen Assecuranzen dienen sollen, ergiebt sich aus der Fassung der Scheine selbst, wie diese bei der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz" vorkommen, im Zusammenhang mit den denselben beigedruckten Versicherungs-Bedingungen. Wie laut Art. V. der besonderen Versicherungs-Bedingungen die „Schweiz" sich im Voraus verbindlich macht, sämmtliche Sendungen oder Bezüge, welche Gegenstand dieser General-Police sind, im Sinne der gegenwärtigen Bestimmungen zu versichern, erklärt die Police selbst: „Die „Schweiz," Transport-Versicherungsgesellschaft in Z. versichert hiermit den Herrn N. N. „für Rechnung wen es angeht" auf Grund des eingereichten Versicherungs-Antrags für die Zeit u. s. w., während aus den besonderen Versicherungs-Bedingungen Art. V. sich ergiebt, daß die Perfection der einzelnen Assecuranz von deren Eintragung im

Versicherungs-Journal und der Anmeldung bei der Gesellschaft abhängig gemacht ist. Auch weist auf jenen doppelten Character der General-Police die Fassung in Art. VI. der Besonderen Versicherungs-Bedingungen hin, woselbst von den durch diese General-Police zu versichernden oder versicherten Gütern die Rede ist.

Ist nun die General-Police eine wahre Police, so ist die weitere Auffassung, von welcher das Z. Handelsgericht ausgegangen, unrichtig, wenn dasselbe nämlich ausführt, es pflegten die Versicherungsgesellschaften an ihre Agenten und Unteragenten an dritten Plätzen General-Policen für Waarensendungen „für Rechnung, wen es angeht“ auszustellen, und es merke der Agent die Versicherungen, die er erhalte, unter Anzeige an die Versicherungsgesellschaft oder an die Hauptagentur in dem zur General-Police gehörigen Journal vor. In dieser Weise seien G. M. & fils durch die Vermittelung W.'s für die in Frage stehende Kiste Seitens der „Schweiz“ versichert worden. Hiergegen kommt nämlich in Betracht, daß die Gesellschaft „Schweiz“ mittelst Police d. d. Z., 8. Dezbr. 1871 Nr. 12725 Herrn v. W. in Genf dessen sämmtliche Waarensendungen nach Yokohama unter näher bezeichneten Bedingungen versicherte, daß also W. der Versicherungsnehmer und nicht Vermittler einer einem Andern (G. M. & fils) ertheilten Versicherung war.

An diesem Ergebnisse würde an sich die Thatsache nichts ändern, daß W. zur Zeit der Versicherungsnahme Agent des versichernden Vereins gewesen; denn es kann ein Agent neben der ihm obliegenden Vermittelung des Verkehrs zwischen der Gesellschaft und Dritten, mit jener Geschäfte im eigenen Namen abschließen. Allein es ist die Thatsache selbst, welche die „Schweiz“ bestimmt in Abrede gestellt hat, nichts weniger, wie erwiesen, und spricht für die entgegengesetzte Annahme nicht, wie das Z. Handelsgericht meint, der Umstand, daß W. von der „Schweiz“ einen Prämienrabatt erhalten hatte, da auch einem Versicherungsnehmer nicht selten vom Assecuradeur ein solcher Rabatt gewährt wird.

Ebensowenig ändert an dem Ergebniß, wonach W. bei der Versicherung der in Frage stehenden Kiste der Versicherungsnehmer war, die Thatsache, daß die Versicherung mit Police „für Rechnung wen es angeht“ eingegangen worden ist. Zwar meint das Z. Handelsgericht, durch die Aufnahme dieser Clausel in die General-Police habe die „Schweiz“ ihren Willen ausgesprochen, als den wirklichen Versicherten die Person anzuerkennen, welche bei Eintritt eines unter die Versicherung fallenden Schadens durch die nöthigen Beweismittel, wie Connossement, Faktura u. dergl. bei dem Verlust interessirt sei. Allein es beruht diese Ausführung auf einem völligen Verkennen der Bedeutung der Clausel: „für Rechnung wen es angeht,“ welche lediglich darin besteht, daß in dem Versicherungsvertrag unbestimmt gelassen ist, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird, während derjenige der Versicherungsnehmer bleibt, auf dessen Namen die Police lautet.

Auch abgesehen hiervon bekundet hier die Motivirung des handelsgerichtlichen Urtheils eine unklare Auffassung, da keine Versicherung möglich ist, bei welcher der Assecuradeur als wirklichen Versicherten irgend welche Person anerkennen will, welche aus irgend einem Titel, als Eigenthümer, Pfandgläubiger oder in anderer Eigenschaft im Falle des eingetretenen Schadens bei dem Verlust interessirt ist. Denn auch bei der Versicherung für fremde Rechnung, als welche sich eine Assecuranz ergeben kann, die unter der Clausel: „für Rechnung, wen es angeht“ genommen wurde, ist es immer, wie im folgenden Paragraphen dargethan werden soll, eine zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits bestimmte, wenn auch im Vertrag nicht nothwendig benannte, und dermalen dem Versicherer nicht nothwendig bekannte Person, in deren Interesse die Versicherung geschehen ist.

Erkenntniß des R.O.G. zu Leipzig vom 26. Juni 1874 (bei Seuffert, Archiv Bd. 30 Nr. 76).

Unrichtig ist es endlich, wenn das Z. Handelsgericht davon ausgegangen ist, daß für das Recht zur Erhebung der Versicherungssumme im vorliegenden Falle auf die Police nichts ankommt, denn es war die in Frage stehende Assecuranz auf

eine Police ertheilt, und sonach jedenfalls nur derjenige, welcher die Police beibrachte, zur Einkassirung und resp. Einklagung des Schadensersatzes für legitimirt zu erachten.

§ 3.

Die Bedeutung und Wirkung von See-Versicherungen, welche nach Art. der in Frage stehenden mittelst einer General-Police „für Rechnung wen es angeht", genommen werden.

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterungen ist ein zweifaches, ein negatives und ein positives. In jener Hinsicht ist dargethan worden, daß die Gründe, auf welche hin das Z. Handelsgericht die verklagte Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz" verurtheilt hat, wenn man von der später zu erörternden Verwerfung der Compensations-Einrede absieht, durchaus unhaltbar sind. In positiver Beziehung hat sich ergeben, daß die General-Police eine wahre Police ist, — daß eine auf eine solche genommene Versicherung als eine auf Police ertheilte Assecuranz erscheint, — und daß derjenige, auf welchen eine derartige Police lautet, selbst in dem Fall einer „für Rechnung wen es angeht" ertheilten Versicherung, Versicherungsnehmer und nicht Vermittler einer einem anderen gegebenen Assecuranz ist. Um aber Bedeutung und Wirkungen einer derartigen Versicherung näher zu bestimmen, ist es nöthig, auf die Grundsätze näher einzugehen, welche von der Seeversicherung „für Rechnung wen es angeht" und beziehungsweise für fremde Rechnung gelten. Bei dieser Erörterung sind die Bestimmungen des Allg. d. H. zu Grunde zu legen. Dies rechtfertigt sich einmal durch die Bestimmung des privatrechtlichen Gesetzbuchs des Cantons Zürich § 1753:

„Die eigenthümlichen Grundsätze über Versicherung „gegen Seegefahr mit Bezug auf den Transport der

„Waaren über das Meer werden durch das Seerecht
„bestimmt.

Denn ist unter diesem Seerecht offenbar dasjenige gemeint, was aus der Natur der Sache sich ergiebt, und beziehungsweise durch internationalen Gebrauch sanctionirt ist, so hat das **Allg. d. H.** im Wesentlichen diesem Rechte Ausdruck gegeben. Abgesehen hiervon findet sich aber in Art. 48 der den General-Policen der Transport-Versicherungs-Gesellschaft „Schweiz“ beigedruckten Allgemeinen Versicherungs-Bedingungen die Erklärung:

„Soweit durch die Bedingungen und Clauseln
„dieses Versicherungs-Vertrags von den Vorschriften
„des Allg. D. H. nicht ausdrücklich abgewichen ist,
„sollen die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs maß-
„gebend sein.“

Diese Bestimmungen kommen demnach innerhalb jener Grenzen und, soweit sie nicht mit absolut gebietenden oder verbietenden Grundsätzen des Züricher Civilgesetzbuchs im Widerspruch stehen, auf die von der Gesellschaft „Schweiz“ eingegangenen Seeversicherungen als „gewillkührtes Recht“ in Anwendung.

Eine Versicherung kann für eigene oder fremde Rechnung genommen werden. Eine Versicherung für eigene Rechnung ist dann vorhanden, wenn der Versicherungsnehmer oder mit a. W. derjenige, welcher in eigenem Namen mit dem Assecuradeur contrahirt und von diesem die Versicherung entgegennimmt, sein eigenes Interesse in Versicherung bringt. (Allg. D. Handelsgesetzb. Art. 785 Abs. 1.)

Eine solche Versicherung kann auch durch einen Vertreter eingegangen werden, welcher im Namen desjenigen abschließt, dessen Interesse sicher gestellt werden soll. (Art. 787 Abs. 1.)

Eine Versicherung für fremde Rechnung liegt dagegen dann vor, wenn derjenige, in dessen Namen mit dem Assecuradeur contrahirt wird, das Interesse eines Dritten unter Versicherung bringen will.

Allg. D. Handelsgesetzb. Art. 785 Abs. 1.

Die Statthaftigkeit eines solchen Versicherungsgeschäfts ist, sofern sie nicht durch positiven Rechtssatz anerkannt ist, eine mindestens zweifelhafte. Der Versicherungsnehmer, kann man sagen, wird aus dem Vertrag nicht berechtigt, weil es ihm an dem Interesse fehlt, welches nach dem Wesen des Assecuranz-Geschäfts derjenige haben muß, der Anspruch auf Entschädigung haben soll; der Dritte, dessen Interesse versichert werden soll, entbehrt der Berechtigung, weil Verträge nur unter den Parteien wirken.

Indessen wurde schon frühe, um von der hier nicht in Betracht kommenden Versicherung des eigenen Lebens abzusehen, die Zulässigkeit der Seeversicherung für fremde Rechnung durch einzelne Gesetze anerkannt (so in Barcelona im 15. Jahrhundert.)

Bratz, Geschichte des Europäischen Seeversicherungsrechts Th. I. S. 75.

Sie ist heute durch viele Handelsgesetzgebungen ausgesprochen:

Vincent Nolte, Wilh. Benecke's System der Seeassecuranz und Bodmereiwesens Bd. I. S. 17 flgd.

während auch, abgesehen hiervon, die Seeassecuranz für fremde Rechnung allgemein für statthaft erachtet wird.

M. Pöhls, Darstellung des gem. Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts Bd. IV. S. 34.

Heise, Handelsrecht S. 408 flgd.

Auch das Allg. D. Handelsgesetzbuch hat die Seeversicherung für fremde Rechnung anerkannt, und daß eine solche auch nach Züricher Recht zulässig ist, kann nach Maßgabe des cit. § 1753 des Privatrechtlichen Gesetzbuchs einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen.

Eine Versicherung für fremde Rechnung kann mit oder ohne Bezeichnung der Person des Versicherten im Versicherungs-Vertrag oder mit a. W. mit oder ohne Nennung des Dritten, dessen Interesse sichergestellt werden soll, stattfinden.

Allg. D. Handelsrecht Art. 785 Abs. 1.

Dagegen muß im Assecuranzvertrag die Versicherung als für fremde Rechnung genommen bezeichnet werden, wenn nicht unter der später zu erörternden Clausel „für Rechnung, wen es angeht" versichert wird, indem im entgegengesetzten Falle die Versicherung als für eigene Rechnung des Versicherungsnehmers geschlossen gilt.

Allg. D. Handelsg. Art. 785 Abs. 3.

Wenn daher derjenige, welcher eine Versicherung für fremde Rechnung nimmt, in ähnlicher Weise wie ein Commissionär handelt, so zeigt sich hier schon ein Unterschied von dem in Commission abgeschlossenen Geschäfte darin, daß bei letzterem nicht angegeben zu werden braucht, es sei für fremde Rechnung geschlossen.

Makower, das Allg. D. Handelsgesetzb. 6. Aufl. zu Art. 785 Note 8.

Damit aber die Versicherung für fremde Rechnung sich nicht für den Versicherungsnehmer als ein Spiel gestalte, ist die Verbindlichkeit derselben für den Assecuradeur an eine zweifache alternative Voraussetzung geknüpft, daß nämlich der Versicherungsnehmer entweder zur Eingehung der Versicherung von dem Versicherten beauftragt war oder daß er den Mangel eines solchen Auftrags bei dem Abschluß des Vertrags dem Versicherer anzeigte.

Allgem. D. Handelsges. Art. 786 Abs. 1.

Die eine jener Alternativen ist die, daß der Versicherungsnehmer von dem Dritten, dessen Interesse er unter Versicherung gebracht, zur Eingehung der Assecuranz beauftragt war. Gleichgültig ist, ob der Auftrag schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt, ob er ein mandatum generale oder speciale war.

Sacerdoti, il contratto d'assecurazione, Padova 1874 vol. I. p. 215 flgd.

Dagegen muß er vor der Abschließung des Versicherungs-Vertrags gegeben sein, und steht eine spätere Genehmigung dem Auftrag zur Versicherungsnahme nicht gleich.

Protokolle d. Conferenz in Hamburg S. 4239.

Der Versicherungsnehmer braucht aber bei Abschluß des Versicherungsvertrags nicht zu erklären, daß er auftraggemäß handle, und noch weniger anzugeben, von wem ihm der Auftrag ertheilt worden ist, da eine Versicherung für fremde Rechnung auch ohne Bezeichnung der Person des Versicherten in vollwirksamer Weise statthaben kann.

Allg. D. Handelsg. Art. 785 Abs. 1.

Folgeweise ist die Verpflichtung des Assecuradeurs nicht dadurch bedingt, daß derselbe vor Eintritt des Schadens, gegen den er versicherte, und beziehungsweise vor Einklagung der Entschädigung den Namen des Auftraggebers gekannt habe.

Allg. D. Handelsg. Art. 886, 887.

Anderer Meinung scheint

Koch, Allg. D. H. (2. Aufl.) zu Art. 786 Art. 10.

zu sein.

Die andere Alternative, von welcher die Verbindlichkeit des Assecuranzvertrags für den Assecuradeur abhängt, ist die, daß der Versicherungnehmer, wenn er keinen Auftrag zur Eingehung der Versicherung vom Dritten hat, dessen Interesse sichergestellt werden soll, den Mangel eines solchen Auftrags bei dem Abschluß des Vertrags dem Versicherer anzeigt. Wird eine solche Anzeige unterlassen, so ist anzunehmen, daß die Versicherung für fremde Rechnung im Auftrag genommen worden, und ist die Verbindlichkeit des Assecuradeurs dadurch bedingt, daß s. Z. ihm die Auftragsertheilung nachgewiesen wird.

Was nun die Frage anbetrifft, wem bei der Versicherung für fremde Rechnung der Assecuradeur verpflichtet, beziehungsweise wem dieser eintretenden Falls zur Bezahlung der Versicherungssumme verbunden ist, so sind hier an sich zwei Auffassungen möglich:

Die eine ist: Gläubiger des Versicherers ist der Versicherungsnehmer. Dieser hat in eigenem Namen den Vertrag geschlossen; wie er dem Assecuradeur die Prämie schuldet, so ist er auch allein berechtigt, die Versicherungssumme zu erheben und beziehungsweise gegen seinen Contrahenten einzuklagen. Der Versicherungsnehmer, welcher vom Dritten, für dessen Rechnung er handelte, zur Eingehung der Versicherung beauftragt war,

hat auch im Falle eingetretenen Schadens ein Interesse an dessen Deckung, weil er seinem Mandanten für gehörige Versicherung aufkommen muß.

Arg. l. 8 § 3 D., mandati. (17, 1.)

Heise, Handelsrecht S. 409.

In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn die Versicherungsnahme für Rechnung des Dritten mittelst beauftragter Geschäftsführung geschehen ist. Indem der Versicherungsnehmer in der Stellung eines Commissionärs die Assecuranz genommen, kann derjenige, für dessen Rechnung er handelte, nur nach stattgehabter Abtretung die Entschädigungssumme vom Assecuradeur verlangen, wobei er sich die Forderungen, welche diesem gegen den Versicherungsnehmer zustehen, in Compensation bringen lassen muß.

Diese Auffassung war, obwohl nicht allgemein anerkannt, die früher in Deutschland herrschende.

M. Pöhls, Handelsrecht Bd. IV. S. 42 u. S. 45.

Voigt, i. N. Archiv f. Handelsrecht Bd. IV. S. 231 fl.

Doch statuirten einzelne Schriftsteller hierbei die Modifikation, daß bei einer im Auftrag des Dritten genommenen Versicherung für fremde Rechnung der Mandant mit einer utilis actio den Assecuradeur auf Bezahlung der Versicherungssumme belangen könne.

Heise, Handelsrecht S. 409.

Die andere mögliche Construction der Versicherung für fremde Rechnung geht dahin, daß man dieselbe als einen statthaften Vertrag zum Vortheil des Dritten, dessen Interesse unter Versichernng gebracht werden sollte, auffaßt, sodaß Letzterer aus dem Vertrag unmittelbar ein eigenes selbstständiges Recht erwirbt, wenn auch der Versicherungsnehmer dem Assecuradeur für die Prämie haftbar ist und bleibt. Der Versicherungsnehmer, welcher in eigenem Namen mit dem Versicherer contrahirte, schuldet diesem die Prämie, ist dagegen demselben gegenüber nicht berechtigt, weil nach der Intention der Parteien die Versicherung einem Dritten, dem Versicherten zu Statten kommen sollte.

Diese Auffassung, welche in der französischen Rechtswissenschaft vertreten wird,

Troplong, Mandat. N. 567.

Gilbert, cod. du comm. annoté Art. 332 n. 74.

und auch in Deutschland ihre Vertheidiger hatte,

Nizze, im N. Archiv f. Handelsrecht, Bd. I. S. 419 ff.

hat sich das Allg. Deutsche Handelsgesetzb. angeeignet.

Entscheid. d. R.O.G. Bd. X. S. 128 ff. in Seuffert, Arch. Bd. XXIX. N. 170.

Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter. S. 286.

Obwohl dieses Gesetzbuch ausdrücklich ausspricht, daß auch bei der Versicherung für fremde Rechnung der Versicherungsnehmer dem Assecuradeur zur Zahlung der Prämie verpflichtet ist (Art. 816), erkennt es den vom Versicherungsnehmer unterschiedenen Versicherten (Art. 785) als berechtigt an, vom Versicherer den Ersatz des versicherten Schadens zu fordern (Art. 886). Doch muß der Versicherte sich darüber ausweisen, daß er dem Versicherungsnehmer zum Abschluß des Vertrags Auftrag gegeben hat oder beziehungsweise, wenn die Versicherung ohne Auftrag geschlossen, die Umstände darthun, aus welchen hervorgeht, daß die Versicherung in seinem Interesse genommen wurde (Art. 887.) Auch hat er, falls eine Police ertheilt wurde, dieselbe beizubringen (Art. 892.)

Mit der Ansicht, daß der Dritte, für dessen Rechnung die Versicherung genommen wurde, der wirkliche und alleinige Gläubiger des Assecuradeurs ist, stehen die Befugnisse, welche das Handelsgesetzbuch dem Versicherungsnehmer einräumt, nicht im Widerspruch, indem vielmehr die bezüglichen Gesetzesbestimmungen sachlich wie ihrer Form nach seine Auffassung bestätigen.

Dies gilt insbesondere von der gesetzlichen Anordnung, wonach bei der Versicherung für fremde Rechnung der Versicherungsnehmer legitimirt ist, über die Rechte, welche in dem Versicherungsvertrag für den Versicherten ausbedungen sind, ohne Vollmacht dieses Letzteren zu verfügen, vorausgesetzt, daß er, falls eine Police ertheilt wurde,

dieselbe beibringt (Art. 891 Abs. 1.) Denn es weisen Worte und Inhalt dieser Bestimmung darauf hin, daß dem Versicherungsnehmer die Disposition über fremde Rechte gestattet ist, — dies muß zu dem Zwecke geschehen, damit er sich wegen der Ansprüche, die ihm in Beziehung auf den versicherten Gegenstand gegen den Versicherten zustehen, schützen könne. —

Makower, das Allg. D. H. (6. Aufl.) zu Art. 891 Note 10.

Das Nämliche gilt von der hiermit zusammenhängenden weiteren Anordnung, wonach die an Ordre lautende Police durch Indossament übertragen werden kann, bei der Versicherung für fremde Rechnung aber zur Gültigkeit der ersten Uebertragung das Indossament des Versicherungsnehmers genügend ist (Art. 896.) Denn es weist der Ausdruck, das Indossament des Versicherungsnehmers sei genügend, offenbar darauf, daß Letzterer, indem er indossirt, nicht als Gläubiger handelt, der eine eigene Forderung überträgt, sondern als eine dritte Person, welche zur Uebertragung eines fremden Rechts legitimirt ist.

Wenn endlich das Gesetz bestimmt, bei der Versicherung für fremde Rechnung sei der Versicherungsnehmer legitimirt, die Versicherungsgelder zu erheben und einzuklagen, — unter Beibringung der Police, falls eine solche ertheilt worden, (Art. 891), so deutet auch hier der ganze Inhalt der gesetzlichen Bestimmung darauf hin, daß es sich um die Einkassierung resp. Einklagung einer fremden Forderung, einer Forderung des Dritten, dessen Interesse unter Versicherung gebracht worden ist, handelt. Denn es statuirt das Gesetz, daß der Versicherungsnehmer zur Erhebung und beziehungsweise Einklagung der Versicherungssumme je nach Umständen nur mit Zustimmung des Versicherten, je nach Umständen ohne Beibringung einer Vollmacht dieses Letzteren legitimirt sei, — eine Bezugnahme auf den Versicherten, welche auf der Unterstellung beruht, daß dieser der Gläubiger des Assecuradeurs ist, während der Versicherungsnehmer in Ver-

tretung desselben die Versicherungsgelder einkassiren resp. einklagen kann. Zu dieser Vertretung ist der Versicherungsnehmer kraft Gesetzes ermächtigt, aus welchem Grunde dann seine Legitimation von der Beibringung einer Vollmacht des Versicherten unabhängig ist. Doch bedarf der Versicherungsnehmer, wenn die Versicherung für fremde Rechnung ohne Auftrag genommen worden ist, zur Erhebung oder Einklagung der Versicherungsgelder der Zustimmung des Versicherten (Art. 891 Abs. 2), damit jener nicht in den Stand gesetzt sei, die Versicherung zu schließen, und die Versicherungsgelder einzukassiren, und für sich zu behalten, ohne daß er dem Dritten, in dessen angeblichen Interesse die Versicherung genommen, Kenntniß hiervon gäbe, und demnach Versicherungen ohne Interesse ermöglicht werden.

Hamburger Protokolle S. 4438.

Ist also nach dem System des Allg. D. Handelsgesetzbuchs bei der Versicherung für fremde Rechnung derjenige, dessen Interesse unter Versicherung gebracht wurde, Gläubiger des Assecuradeurs, der Versicherungsnehmer aber nur befugt, als Vertreter des Versicherten dessen Rechte geltend zu machen, so kann er diese Vertretung in rem suam ausüben, um zur Befriedigung der Ansprüche zu gelangen, welche ihm gegen denjenigen, für dessen Rechnung er gehandelt, in Beziehung auf den versicherten Gegenstand zustehen.

(Art. 893, 894.)

Aus diesem Verhältnisse ergiebt sich von selbst die im Gesetz ausdrücklich anerkannte Consequenz, daß der auf Zahlung der Versicherungsgelder in Anspruch genommene Versicherer Forderungen, welche ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehen, nicht zur Compensation bringen kann (Art. 895), mag er übrigens von diesem oder vom Versicherten um Zahlung angegangen sein.

Löhr, das Allg. Deutsche Handelsges. zu Art. 895 N. 2.

Umgekehrt kann dagegen der Assecuradeur dem Versicherten, wie dem Versicherungsnehmer Ansprüche, die ihm gegen den ersteren zustehen, compensationsweise entgegensetzen,

Hamburger, Prot., S. 3577.

und daher mit seiner Forderung compensiren, wenn der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig geworden ist und die Prämie von dem Versicherten noch nicht erhalten hat.

(Art. 816 Abs. 3.)

Weiter ergiebt sich daraus, daß der Versicherungsnehmer die Rechte aus dem Versicherungsvertrage nur als Vertreter des Versicherten geltend machen kann, daß Letzterer auch dann, wenn jener klagend aufgetreten ist, als Prozeßpartei zu betrachten ist und daß demnach Eide an diesen zu deferiren, zurückzuschieben oder richterlich aufzuerlegen sind.

Entscheid. des R.O.H.G. Bd. X. S. 128 flge.

Das Vertretungsrecht des Versicherungsnehmers hört aber im Fall einer Versicherung auf Police auf, wenn diese in den Händen des Versicherten sich findet (Art. 892). Umgekehrt zahlt der Assecuradeur die Versicherungsgelder auf seine Gefahr an den Versicherten, so lange der Versicherungsnehmer im Besitz der Police ist (Art. 894). Auch unter dieser Voraussetzung, sowie wenn keine Police ertheilt wurde, kann der Versicherte dem Nehmer Aufträge in Betreff der Behandlung der Versicherung ertheilen und gegenüber dem Versicherer Einspruch gegen die Ausführung der Weisungen des Versicherungsnehmers insofern wirksam thun, als er nicht mit den Ansprüchen, welche dem Nehmer in Beziehung auf den versicherten Gegenstand gegen ihn zustehen, dadurch in Collision gerieth.

Hamburger Protokolle S. 4442.

Wurde ein Seeversicherungsvertrag mit der Clausel „für Rechnung wen es angeht" abgeschlossen, so ist im Vertrag unbestimmt gelassen, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird.

Allg. D. Handelsrecht Art. 785 Abs. 2.

Indem ein solcher Vertrag vom Versicherungsnehmer für eigene Rechnung

Hamburg. Protokolle S. 2980.

oder für fremde Rechnung eingegangen sein kann, kommen,

wenn sich Letzteres ergiebt, die Vorschriften über Versicherung für fremde Rechnung hier zur Anwendung (Art. 785 Abs. 2.)

Gleichgültig ist, in welcher Weise sich dies ergiebt, wenn es nur in sicherer Weise geschieht, und ob sich die Versicherung vor oder nach Eintritt der Gefahr, gegen welche versichert wurde, als eine für fremde Rechnung genommene herausstellt.

Die Versicherung „für fremde Rechnung wen es angeht," welche sich als für fremde Rechnung genommen erzeigt, ist aber für den Assecuradeur nur dann verbindlich, wenn der Versicherungsnehmer zur Eingehung derselben vom Versicherten beauftragt war, da der Nehmer beim Abschluß des Vertrags den Mangel an Auftrag nicht angezeigt hat (Art. 786 Abs. 1.)

§ 4.

Die Anwendung der gewonnenen Ergebnisse auf den vorliegenden Rechtsfall.

Die von der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz" unterm 1. Februar 1874 für eine mit R. F. 25 bezeichnete Kiste Horlogerie gegebene Versicherung wurde auf eine Police ertheilt.

Versicherungsnehmer war Ed. v. W. in Genf, die demselben ausgehändigte, nicht an Ordre gestellte Police lautete: „Für Rechnung, wen es angeht." Die Versicherung konnte hiernach für W. für eigene oder für fremde Rechnung genommen sein. Sie hat sich nach den späteren Erklärungen W.'s als eine für fremde Rechnung genommene ergeben.

Als der Versicherte oder derjenige, dessen Interesse durch den von W. für fremde Rechnung abgeschlossenen Vertrag unter Versicherung gebracht werden sollte, könnte denkbarer Weise betrachtet werden das Haus G. M. & fils in Genf, ferner A. B. & Comp. in Yokohama, oder endlich der B. Bankverein. In der That scheint Ed. v. W. die in Frage stehende Versicherung für Rechnung von G. M. & fils genommen zu haben. Dafür sprechen die Erklärungen W.'s, ferner der Umstand, daß diesem am 4. Februar 1874, d. h. an dem nämlichen Tage, an welchem

die in Frage stehende Kiste als versichert eingetragen wurde, die Prämie im Betrag von frcs. 150 von G. M. & fils berichtigt worden ist, sowie endlich die Thatsache, daß das letztgenannte Haus Absender der an A. B. & Comp. in Yokohama in Consignation übersandten Kiste war, und daher die Gefahr des Transports trug.

Dafür, daß W. die Versicherung nicht für Rechnung des Basler Bankvereins genommen, sprechen die übereinstimmenden Erklärungen von W., G. M. & fils und des B. Bankvereins selbst, aus welchen hervorgeht, daß Letzterer lediglich als Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger von G. M. & fils Anspruch auf die Versicherungsgelder haben sollte, und beziehungsweise zu haben vermeinte. Auch hatte der B. Bankverein zur Zeit des Abschlusses des betr. Versicherungsvertrags keinerlei Interesse, welches beim Transport der versicherten Kiste gefährdet gewesen wäre, da er erst nach deren Versicherung, und nachdem ihm zwei Exemplare des die Kiste betreffenden Connossements übermacht worden, für G. M. & fils mit einer Summe von frcs. 9435 in Vorschuß gegangen ist. Daß aber, nachdem die zwei anderen Connossements-Exemplare beim Schiffbruch des Dampfers „Nil“ untergegangen, der B. Bankverein im Besitz der beiden allein noch vorhandenen Connossements ist, ändert an der Sachlage nichts, wenn es sich nämlich um die Beantwortung der Frage handelt, für wessen Rechnung W. die Versicherung genommen.

Ebenso fehlt es endlich für die Annahme, W. habe die betreffende Versicherung für Rechnung von A. B. & Comp. genommen, an jedem sicheren Anhalt. Denn einmal wurde die versicherte Kiste an dieses Haus in Consignation geschickt, und hatte dasselbe kein ersichtliches Interesse an deren Versicherung gegen die Gefahren des Transports. Andererseits erscheint die Behauptung der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz,“ W. sei Agent und Theilhaber von A. B. & Comp. gewesen, in keiner Weise als erwiesen, während aus jener Thatsache, wenn sie auch ihre Richtigkeit haben sollte, nicht folgen

würde, daß W. die betreffende Versicherung für Rechnung des genannten Hauses genommen habe.

Hält man nun daran fest, daß der Versicherungsnehmer W. die Versicherung für G. M. & fils genommen, so war die Versicherung für den Assecuradeur nur dann verbindlich, wenn W. von letztgenannter Firma zur Eingehung des Vertrags beauftragt war, und mußte diese, um vom Versicherer den Betrag des erlittenen Schadens fordern zu können, sich darüber ausweisen, daß sie dem Versicherungsnehmer zum Abschluß der Versicherung Auftrag ertheilt habe (Art. 786 Abs. 1; Art. 887.)

Ein solcher Nachweis war um deßwillen erforderlich, weil W., indem er die Versicherung „für Rechnung wen es angeht," genommen, dem Assecuradeur nicht angezeigt hatte, daß er ohne Auftrag handle und demnach die erstere Alternative eintrat, unter welcher den Erörterungen des vorigen Paragraphen zufolge die Versicherung für fremde Rechnung für den Assecuradeur verbindlich ist. Nicht nöthig war es dagegen, daß der Transport-Versicherungsgesellschaft „Schweiz" von einem solchen Auftragsverhältniß bei Abschluß des Vertrages oder doch vor Eintritt des versicherten Schadens Kenntniß gegeben oder daß ihr in solcher Zeit die Person des Versicherten bezeichnet wurde.

Wohl aber mußten G. M. & fils zur Erhebung der Versicherungsgelder die Police beibringen.

In gleicher Weise verhielt es sich, wenn an Stelle der Versicherten G. M. & fils der B. Bankverein als deren Cessionar die Assecuranzsumme vom Versicherer ansprach. Auch ein solcher Cessionar mußte sich durch Beibringung der Police legitimiren, und da dieses Papier nicht an Ordre lautete (Art. 896) den Nachweis liefern, daß der Versicherungsnehmer vom Versicherten (G. M. & fils) den Auftrag zum Abschluß des Vertrags erhalten hatte, während das eine und andere nicht geschehen ist.

Die auf Bezahlung der Versicherungsgelder in Anspruch genommene Gesellschaft konnte aber, mochte sie vom Versicherten oder dessen Cessionar, oder von dem im Besitz der Police befindlichen Versicherungsnehmer verklagt werden, keine ihr gegen-

über diesem letzteren zustehenden Gegenforderungen in Compensation bringen (Allg. D. H. Art. 895.)

Die „Schweiz“ konnte also insbesondere dem B. Bankverein, wenn derselbe sonst zur Klage legitimirt gewesen wäre, nicht ihre Gegenforderung an den Versicherungsnehmer W. aus dem von diesem zu ihren Gunsten acceptirten und nicht honorirten Wechsel entgegensetzen. Sie konnte aber ebensowenig aus ihrer Forderung an A. B. & Comp., welche weder Versicherungsnehmer, noch Versicherte, noch Rechtsnachfolger dieser waren, compensiren. Das Allg. D. Handelsg Art. 895 erklärt eben, daß der Assecuradeur Forderungen, welche er gegen den Versicherungsnehmer habe, nicht zur Compensation bringen könne, und zwar weder gegenüber dem Versicherungsnehmer selbst, noch gegen den Versicherten, oder dessen Rechtsnachfolger, weil eben der Erstere nach der Auffassung des Gesetzes von vorne herein aus der Assecuranz nicht berechtigt war.

Aus dem Erbrecht.

Letztwillige Disposition. Collision der Statuten bezüglich der formellen Gültigkeit einer solchen. Schenkung auf den Todesfall. Oralfideicommiß. Mandatum post mortem.

I. Für die Beurtheilung der formellen Gültigkeit einer letztwilligen Disposition ist das Recht desjenigen Orts maßgebend, an welchem dieselbe erfolgt ist.

Dasselbe ist ausschließlich maßgebend, einerlei welcher Nationalität die Betheiligten sind, und auch dann, wenn sämmtliche Betheiligten fremder Nationalität sind. Insbesondere kann neben dem Gesetze des Orts der Errichtung der letztwilligen Disposition nicht auch das Recht desjenigen Staates zur Anwendung kommen, welchem die Betheiligten als Unterthanen angehören.

II. Nach Niederländischem Rechte kann Niemand über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode anders, als durch einen schriftlichen Testamentsact verfügen.

III. Die mündliche Schenkung einer Geldsumme von Seiten des Schenkers auf seinem Todtenbette für die Zeit nach seinem Ableben ist deshalb ungültig.

IV. Eine solche Schenkung ist auch nach Frankfurter Recht ohne rechtliche Geltung, wenn sie nicht vor drei glaubwürdigen Zeugen gemacht ist, in welchem Falle sie als mündliches Codicill aufrecht erhalten werden kann, oder wenn sie in Anwesenheit dreier Bürger errichtet ist, in

welchem Falle sie als **mortis causa donatio** rechtswirksam werden kann.

V. Auch als Oralfideicommiß kann die fragliche Schenkung weder nach Frankfurter noch gemeinem Rechte aufrechterhalten werden, da, wenn auch hierzu nicht die Anwesenheit des Erben bei der Disposition des Erblassers erfordert wird, der Letztere doch dem Erben seinen Willen unmittelbar oder mittelbar bekannt gemacht haben muß, während im vorliegenden Fall nicht feststeht, daß die Absicht des Disponenten dahin gegangen ist, seiner abwesenden Erbin eine Auflage zu machen.

VI. Hat der Erblasser seinen Mitgesellschafter beauftragt, die Schenksumme aus dem Capitalvermögen der gemeinschaftlich betriebenen Handlung an die Beschenkte nach seinem Ableben auszuzahlen, so kann auch eine Schenkung dieser Art nicht als **mandatum post mortem** aufrechterhalten werden, da durch einen solchen Auftrag die Gesetze nicht umgangen werden können, welche für letztwillige Verfügungen bestimmte Formen verlangen.

Rechtsgutachten

in Sachen der Frau A. G. L. geb. R. zu Frankfurt a. M., Klägerin, Oberappellantin und Oberappellatin gegen die dortige Bürgerswittwe H. R. geb. T., Beklagte, Oberappellantin und Oberappellatin, betr. die Herausgabe des väterlichen Nachlasses, beziehungsweise Liquidation und Execution.

Unterm 24. Mai 1864 stellte Frau A. G. L. mit Einwilligung ihres Ehemannes als ehelichen Beistandes bei dem Stadtgerichte zu Fr. eine hereditatis petitio ab intestato gegen ihre Mutter, die Frau R. Wwe. auf Herausgabe der Erbschaft ihres, der Klägerin, verstorbenen Vaters, in deren Besitz Verklagte sich befand, an. Die Verklagte, indem sie das Erbrecht der Klägerin an der betreffenden Verlassenschaft anerkannte, setzte der Klage bei ihrer Vernehmlassung zwei Einreden entgegen. Sie berief sich einmal darauf, daß ihr nach Maßgabe

des Frankfurter Rechts die lebenslängliche eheweibliche und mütterliche Nutznießung und Verwaltung an dem Nachlaß ihres Mannes zustehe, eventuell wenigstens bis zur Verheirathung ihrer Tochter, der Klägerin, zugestanden habe. Andererseits machte sie geltend, daß ihr durch ihren Ehemann die Summe von fl. 40,000 geschenkt worden sei.

Nachdem diese letztere Einrede zur Verhandlung und Entscheidung in die etwaige Liquidations- und Executions-Instanz verwiesen worden, erging unterm 9. Januar 1867 beim Appellationsgericht zu Fr. das durch das K. Obertribunal zu Berlin bestätigte Urtheil, wodurch in der Hauptsache

> Beklagte und Appellatin schuldig erkannt und angewiesen wurde, die Erbschaft ihres Mannes mit allem Zuwachs und den davon seit 7. October 1846 gezogenen Früchten, soweit sie dadurch bereichert, sowie mit den davon seit 26. Mai 1864 gezogenen oder bei gehöriger Sorgfalt zu ziehen gewesenen Früchten, der Klägerin und Appellatin herauszugeben.

Durch einen Namens der Klägerin unterm 17. Dezember 1867 beim Stadtgericht eingebrachten Antrag wurde nun das Executions- und Liquidationsverfahren anhängig gemacht, in welchem Seitens der Verklagten verschiedene Einwendungen erhoben wurden, insbesondere auch die derselben im Verfahren über die Hauptsache vorbehaltene Einrede wegen der ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne angeblich geschenkten fl. 40,000 nunmehr zur Verhandlung gebracht wurde.

Nachdem über diese und andere Einwendungen in zwei Instanzen erkannt worden, insbesondere das Appellationsgericht durch Urtheil vom 7. Dezember 1868 jene eben bezeichnete Einrede verworfen, hat Verklagte in ihrer gegen das appellationsgerichtliche Urtheil beim Obertribunal eingeführten Appellation sich unter Anderem auch durch die Verwerfung der gedachten Einrede für beschwert erklärt. Von dem Ehemanne der Klägerin darum angegangen, uns gutachtlich in Ansehung dieses Punktes zu äußern, haben wir Folgendes als dem Rechte gemäß befunden:

Nach der Behauptung der Verklagten ist ihr von ihrem Ehemann, dem Vater und Erblasser der Klägerin, durch eine mündliche Erklärung auf dem Todtenbett die Summe von fl. 40,000 zugewendet worden; eine Zuwendung, welche in Amsterdam in Gegenwart des Bruders und Schwagers des Disponenten und in der Art stattgefunden haben soll, daß dieser seinen Bruder beauftragt habe, nach seinem, des Schenkers Ableben gedachte Summe aus dem Capitalvermögen der Handlung Gebrüder R. auszubezahlen.

Indem nun der Behauptung der Beklagten zufolge die in Frage stehende freigebige Verfügung in Amsterdam stattgefunden haben soll, kann es nach der unbestrittenen Regel: „locus regit actum" keinem Zweifel unterliegen, daß die Frage nach der formellen Gültigkeit jener Zuwendung lediglich nach Niederländischem Rechte zu beurtheilen ist.

Von dieser Auffassung ist denn auch das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 12. Juni 1868 ausgegangen, indem es der Verklagten außer dem Beweis der fraglichen Zuwendung selbst, den weiteren Beweis auferlegt hat:

> „daß ein derartiger Auftrag und Zuwendung nach
> „den in Amsterdam geltenden Gesetzen rechtsbeständig
> „sei. —"

Eine solche Beweisauflage war nach der damaligen Actenlage eine an sich statthafte, weil der Richter nicht verpflichtet ist, ausländisches Recht zu kennen oder selbstständig zu erforschen. Sie war jedoch keine nothwendige, da der Richter befugt ist, ohne Weiteres das Bestehen oder Nichtbestehen ausländischer Rechtssätze anzunehmen, wenn er in dieser Hinsicht sichere Kunde hat oder eine solche sich zu verschaffen im Stande ist,

Renaud, Lehrbuch des Civilprozesses S. 231.

während die letztere Alternative zweifellos bei einer codificirten Gesetzgebung wie der Niederländischen vorlag.*)

---

*) Anmerk. des Herausgebers: Vergl. Reichscivilprozeßordn. § 265: „Das in einem andern Staate geltende Recht . . . . bedarf des Beweises nur insofern, als es dem Gericht unbekannt ist. Bei Ermittlung

Wenn indessen die vom Stadtgericht gemachte Beweisauflage bei der damaligen Actenlage eine statthafte war, so verhält es sich nunmehr anders, denn es liegt dermalen das von klägerischer Seite zu den Acten gebrachte Attest des K. Niederländischen Justiz-Ministeriums vor, wonach dem Niederländischen Rechte zufolge Niemand über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode anders, als durch einen schriftlichen Testamentsact verfügen kann. Steht es hiernach fest, daß nach Maaßgabe der hier allein entscheidenden niederländischen Gesetzgebung die in Frage stehende freigebige Verfügung wegen Mangels der nöthigen äußeren Form null und nichtig ist, so erscheint eine bezügliche Beweisauflage jetzt als unstatthaft, wie denn bereits das Appellationsgericht in seinem Urtheil vom 7. Dezember 1868 die auf jene angebliche Zuwendung gegründete Forderung der Beklagten schlechtweg zurückgewiesen hat. Wenn aber die Angeklagte in ihrer Oberappellations-Rechtfertigungsschrift behauptet, daß „in Betracht der Nationalität der Betheiligten, Vater, Mutter und Tochter als Frankfurter die Anwendung des Frankfurter Rechts statthaft sei," während sie unmittelbar vorher erklärt hat, es handle sich hier zunächst um die Anwendung eines fremden Rechts, des Niederländischen Civilgesetzbuchs, so kann für die Beurtheilung der formellen Gültigkeit einer letztwilligen Disposition offenbar nur Eine Gesetzgebung maßgebend sein. Sollte demnach die Anwendung des Frankfurter Rechts hier als statthaft erscheinen, so müßte sie auch obligatorisch sein. Es bedarf mit andern Worten keiner näheren Ausführung, wie es hier nicht darauf ankommen kann, daß die in Frage stehende Zuwendung in formeller Hinsicht nach niederländischem oder Frankfurter Recht gültig sei, indem vielmehr die eine dieser beiden Gesetzgebungen ausschließlich maßgebend sein muß.

Bei dieser Sachlage ist aber offenbar die Gesetzgebung des Ortes, woselbst die angebliche Zuwendung geschehen sein soll,

---

dieser Rechtsnorm ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

allein entscheidend, also das Niederländische Recht. Sollte jedoch angenommen werden, daß die äußere Form der fraglichen letztwilligen Disposition nach Frankfurter Recht zu beurtheilen, so würde auch bei einer solchen Annahme die behauptete Zuwendung für nichtig erachtet werden müssen. Es könnte jene Verfügung vorerst nicht als eine codicillarische aufrecht erhalten werden. Denn sind zwar nach Frankfurter Recht mündliche Codicille statthaft, so müssen solche doch vor drei glaubwürdigen Zeugen errichtet worden sein.

Reformat. Th. IV. Tit. 7 §§ 2, 4, 7.

Nach Anführung der Beklagten hat aber deren Ehemann ihr die fl. 40,000 durch eine mündliche Erklärung in Gegenwart seines Bruders und seines Schwagers geschenkt. Zwar hat jene beigefügt, daß um das Sterbebett ihres Ehemannes noch andere Verwandten, wahrscheinlich J. R. und G. R. anwesend gewesen seien. Wie jedoch die Verklagte die Anwesenheit der beiden zuletzt benannten Personen am Sterbebett nur als wahrscheinlich bezeichnet hat, so hat sie ebensowenig behauptet, daß die gedachte Schenkungserklärung in Gegenwart der beiden zuletzt Benannten oder doch eines derselben gemacht worden sei, während die Anwesenheit einer Person am Krankenbett, welches nach dem Ausdruck der Beklagten auch das Sterbebett geworden, keineswegs identisch ist mit der Gegenwart als Zeuge bei einer vom Kranken getroffenen Disposition. Indem aber die Partei, welche einen Anspruch auf ein Rechtsgeschäft stützt, nicht allein die Vornahme des Geschäfts, sondern auch die Beobachtung der gesetzlich für nothwendig erklärten Formen bei dessen Eingehung beweisen muß,

Renaud, Civilprozeß. S. 229.

kann ein solcher Beweis ihr nur dann auferlegt werden, wenn sie die Beobachtung der betreffenden Formen gehörig substantiirt hat — was nach dem Ausgeführten vorliegend nicht der Fall ist. Wie sonach, wenn man auch die Anwendbarkeit des Frankfurter Rechts hier unterstellt, die gedachte Zuwendung nicht von dem Standpunkt einer codicillarischen aufrecht erhalten werden kann, so gilt das Nämliche von deren Auffassung als

mortis causa donatio, da eine Schenkung von Todes wegen nach der Frankfurter Reformation in Anwesenheit dreier Bürger geschehen und angenommen worden sein muß,

Reform. IV. 13 § 3.

Voraussetzungen, deren Vorhandensein nach dem bereits Ausgeführten von der Verklagten nicht behauptet worden ist.

Auch als sog. Oralfideicommiß oder fideicommissum heredi praesenti injunctum vermag die in Frage stehende Zuwendung nicht aufrecht erhalten zu werden.

Zwar ist zu einer derartigen Disposition nach gemeinem Rechte, auf welches die Frankfurter Reform. IV. 5 § 4 hier hinweist, die Anwesenheit des Erben nicht erforderlich. Immerhin gehört jedoch wesentlich dazu, daß der Erblasser seinen Willen dem Onerirten auch wirklich bekannt gemacht habe,

v. Vangerow, Pandect. (7. Aufl.) § 528 S. 454.

während die Beklagte nicht zu behaupten vermag, daß eine solche Bekanntmachung geschehen sei.

Zwar hat sich die Verklagte darauf berufen, die fragliche Zuwendung sei in ihrer Gegenwart, also in Gegenwart der Mutter der Onerirten geschehen, welche hierbei ihre Tochter repräsentirt habe. Allein es war die Verklagte zu damaliger Zeit eingestandenermaßen nicht Vormünderin ihrer Tochter, während die Behauptung, sie habe für letztere mandatario nomine fungirt, als rein aus der Luft gegriffen erscheint. In der That kommt es übrigens auf ein solches wirkliches oder angebliches Vertretungsverhältniß hier insofern nicht an, als von der Verklagten nicht behauptet worden ist, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten unmittelbar oder mittelbar, wenn selbst durch die Honorirte, seine Erbin, die gegenwärtige Klägerin mit seinem letzten Willen bekannt gemacht habe, und aus der behaupteten Thatsache, es habe jener in Gegenwart seiner Frau eine freigebige Disposition zu deren Gunsten getroffen, sollte sie auch wahrheitsgemäß sein, sich in keiner Weise die Absicht des Disponenten mit Sicherheit entnehmen läßt, seiner Tochter und Erbin eine Auflage zu machen.

Kann hiernach die in Frage stehende freigebige Verfügung auch unter der Voraussetzung, daß deren formelle Rechtsbeständigkeit nach Frankfurter Recht zu beurtheilen sein sollte, weder als mortis causa donatio noch als Codicill, noch auch als fideicommissum heredi praesenti injunctum aufrecht erhalten werden, so ist es klar, daß dies ebensowenig von dem Gesichtspunkt des mandatum post mortem möglich ist. Denn hat zwar angeblich der Erblasser seinen Bruder beauftragt, die fl. 40,000 aus dem Capitalvermögen der Handlung Gebrüder R. zu bezahlen, so bedarf es keiner Ausführung, daß durch einen solchen Auftrag die Gesetze nicht umgangen werden können, welche für letztwillige Verfügungen bestimmte Formen verlangen.

Auslegung eines Testaments und nachträglicher Codicille.

Rechtsgutachten.

Von Herrn Emil W., Kaufmann in Baden-Baden, ist uns in beglaubigter Abschrift das eigenhändige Testament des verstorbenen Herrn Franz Xaver M. zum . . . . Hof in B., d. d. 9. Januar 1865 nebst drei Codicillen vom 17. Januar, 12. und 15. April 1865 übergeben worden, indem uns derselbe zugleich um die rechtliche Beantwortung von vier Fragen angegangen, zu welchen die Auslegung besagter letztwilliger Verfügungen Veranlassung giebt.

Nach genommener Einsicht des Testaments sammt Nachträgen und reiflicher Ueberlegung der Fassung dieser letztwilligen Anordnungen, sowie der darin bekundeten Absichten des Testators haben wir nun Folgendes befunden:

Die Frage I.

welche an uns gestellt worden, lautet dahin:

„Ist unter den laut dem Codicill bestimmten 15 „Jahren Association des Otto K. und Gustav W. die

„bedungene 4jährige Pachtzeit inbegriffen, oder ist „dieselbe für sich besonders. Mit einem Worte: Haben „die beiden Neffen Otto K. und Gustav W. das Ge„schäft 15 oder 19 Jahre mit einander zu führen?"

Die auf diese Fragen bezüglichen Stellen des Testaments und der Codicille sind folgende:

Nachdem der Testator Franz Xaver M. die Söhne seiner Schwester Anna W. zu 6/20, die Kinder von Isaak K. zu 10/20, und die Kinder von Victor F. zu 4/20 zu Erben eingesetzt, verordnet er:

„Der Gasthof zum . . . . Hof mit Zubehör, Nebenhaus „und Gärten wird meinen zwei Neffen Otto K. und Gustav „W. unter nachstehenden Bedingungen auf 4 Jahre Zeit in „Pacht gegeben."

Nach Verzeichnung dieser Bedingungen, deren Inhalt für die Beantwortung der vorstehenden Frage ohne Bedeutung ist fährt der Testator fort:

„Dem Schwager F. ist während dieser 4 Jahre die „Oberaufsicht anvertraut, daß die Bedingungen getreu einge„halten werden. Derselbe erhält dafür auf Neujahr 10 Ducaten „von der Masse; —"

Und weiter unten:

„Der Zweck der vierjährigen Pachtzeit ist, daß sich beide „Neffen erproben, ob sie sich zusammen vertragen können, denn „so das Geschäft in gutem Einverständniß und Zufriedenheit „mit Fleiß und Aufmerksamkeit betrieben wird, ernährt es beide „reichlich, wenn jeder das Seinige nach Kräften thut. Sollte „es jedoch zur Unverträglichkeit unter Beiden kommen, hätte „der jüngste auszutreten; ich setze voraus, daß Otto die Ver„anlassung nicht davon ist.

„Hr. G. F. und der jeweilige Bürgermeister haben die „Entscheidung darüber zu geben, nachdem ihnen vorher zwei„mal gegründete Klagen gemacht, dieselben als unverträglich „befunden wurden, und der Unverträgliche somit auch zweimal „gewarnt worden, was erfolglos blieb.

„Oeftere und viele Betrunkenheit von Einem oder dem „Andern (was jedoch, wie ich Beide kenne, nicht zu vermuthen „ist) ist ebenfalls wie Unverträglichkeit anzusehen. Sollte sich „Einer oder auch Beide verehelichen, und die Frauen könnten „sich nicht zusammen vertragen, so daß das Geschäft darunter „leiden würde, müßte die Unverträgliche ihre Wohnung mit „ihrem Manne außer dem Hause nehmen, denn als unverträg„lich könnte sie im Geschäfte nicht mitwirken.

„Nachdem beide Neffen die 4 Jahre Pachtzeit in Einig„keit und gegenseitiger Achtung nach meinem Wunsche und „Vorschrift zurückgelegt haben, können Beide, Otto und Gustav „in Comp. den Gasthof zum . . . . Hof mit allen Nebengebäu„den, Gärten, Hofraith, Fischkästen und Zugehör, wie ich im „Besitze bin, mit allen seinen Rechten und Lasten, mit allem „Mobiliar, wie es im Inventar verzeichnet ist, für den Kauf„preis von 110,000 fl. als Eigenthum übernehmen . . .

„ — In dieser billigen Kaufsumme mögen Beide ernstlich „beherzigen, daß ich ihnen eine gemachte Existenz bereite und „zusichere, sie mögen auch nun nicht übermüthig werden.“

Weiter bestimmt der Testator:

„Meinem Freunde G. oder dem jeweiligen Testaments„vollzieher sind für seine Bemühungen als Andenken auf meinen „Namenstag 6 Ducaten zu überbringen, welches kleine Honorar „so lange fortzubestehen hat, bis alles ausgeglichen ist (je„denfalls 5 Jahre).“

Und ferner:

„Ich wünsche, daß die Firma von meinem Geschäfte unter „M., K., W. comp. fortgeführt werde. Ich komme nochmals auf „das erwähnte Thema zurück, daß unter meinen zwei Neffen „Otto und Gustav Einigkeit und gegenseitige Achtung herrschen „muß. Sollte Einer nach der Pachtzeit oder während „ihrer zehn ersten Jahren, wo sie das Ganze übernommen, „der Unverträglichkeit wegen aus demselben ausgewiesen werden, „hat er an dem billigen Uebernahmspreis von Haus und „Geschäft keinen Antheil, sondern dasselbe verbleibt dem Andern „um 110,000 fl. ohne etwas an den Andern herauszubezahlen.

„Dieses ist in den Uebernahme- oder Kauf-Vertrag „aufzunehmen."

So weit das Testament. In dem Codicille vom 12. April 1865 verfügt aber der Testator weiter:

„Die Bordeaux- wie die weißen Weine gehören um den „Anschlag meinem Neffen Otto K. allein; Gustav mache ich „den Vorwurf, mich in Innsbruck vergleichgiltigt zu haben.

„Ich bestimme nunmehr, daß Gustav W. zehn Jahre „als Associé mit Otto verbleiben kann; nach diesen zehn Jahren „fällt das Hôtel mit seinen Nebenhäusern, Mobilien meinem „Neffen Otto K. als Eigenthum zu."

In einem letzten Codicille endlich vom 15. April 1865 verordnet der Testator:

„Ferner 5 weitere Jahre, somit hat Gustav 15 Jahre „Association."

Sieht man nun vorerst, von den Nachträgen zum Testamente vom 9. Januar 1865 ab, so ist die nächste Absicht, von welcher der Erblasser in seiner letzten Willensverordnung ausgegangen, klar. Er wünscht, daß sein Geschäft von seinen beiden Neffen Otto K. und Gustav W. fortgeführt werde, und zwar unter einer Firma, welche zugleich mit seinem, des Erblassers, Namen die Namen dieser beiden Neffen enthält. Da er jedoch vor allem will, daß das Geschäft in gedeihlicher Weise fortgetrieben werde, und als unerläßliche Bedingung hiervon das gute Einvernehmen seiner beiden Neffen betrachtet, so sollen diese vorerst während 4 Jahre den Gasthof zum . . . . Hof als Pächter übernehmen.

Diese 4jährige Pachtzeit bezeichnet der Testator ausdrücklich als Probezeit, daß sich die beiden Neffen erproben ob sie sich zusammen vertragen können. Hierbei faßt derselbe eine doppelte Eventualität ins Auge.

Die eine ist die, daß sich die beiden Neffen selber (in Person) nicht vertragen. Unter einer solchen Voraussetzung soll der Unverträgliche, nach zweimaliger erfolgloser Warnung durch drei vom Erblasser hiezu bezeichnete Personen, aus der Pachtgemeinschaft ausgeschlossen werden; beziehungsweise soll Gustav

W. dieses Schicksal haben, wenn nicht Otto K. der Veranlasser der Unverträglichkeit ist.

Die andere Eventualität, welche der Erblasser in Aussicht genommen, ist die, daß einer seiner Neffen oder auch Beide sich verheirathen und daß die Frau oder eine der Frauen die Unverträglichkeiten veranlassen sollten. In einem solchen Falle soll die unverträgliche Frau mit ihrem Manne ihre Wohnung außerhalb des Hauses nehmen, und jene sich der Mitwirkung beim Geschäfte enthalten.

Für den Fall aber, daß die erste dieser Eventualitäten nicht eintritt, daß vielmehr die beiden Neffen die 4jährige Pachtzeit in Einigkeit und gegenseitiger Achtung zurückgelegt haben, sollen diese in Comp. den Gasthof zum . . . . Hof für den Kaufpreis von fl. 110,000 als Eigenthum übernehmen können.

Soweit ist, wie bereits bemerkt, alles unzweideutig. — Der Erblasser wünscht, daß sein Gasthof durch seine beiden Neffen in Comp. fortgeführt werde, und will ihnen zu diesem Zweck Haus und Geschäft um einen äußerst billigen Preis zuwenden; indessen doch nur unter der Voraussetzung, daß der gedeihliche Fortbetrieb des Geschäftes gesichert, was nach des Testators Ansicht nur bei völliger Einigkeit der beiden Neffen möglich ist.

Er will diesen daher den Anspruch auf definitive Erwerbung und Uebernahme von Haus und Geschäft um den von ihm bezeichneten billigen Preis nur bedingt geben, nämlich unter der Bedingung, daß die beiden Neffen vorher 4 Jahre lang das Geschäft pachtweise fortführen, und daß während dieser Zeit eine Veränderung derselben wegen Unverträglichkeit nicht Statt hat. —

Indessen vermag sich der Erblasser der Besorgniß nicht zu entschlagen, daß auch nach Ablauf der 4jährigen Pacht und Probezeit und nachdem seine Neffen das Haus sammt Geschäft um den Preis von fl. 110,000 eigenthümlich übernommen, dieselben das Geschäft vernachlässigen und insbesondere durch Uneinigkeit verderben möchten. Daher warnt er sie, daß sie, nachdem er ihnen durch Zusicherung des Hauses und Geschäfts

um den billigen Preis eine gemachte Existenz bereitet, nicht übermüthig werden; daher erklärt er: „ich komme nochmals auf das erwähnte Thema zurück, daß unter meinen zwei Neffen Otto und Gustav Einigkeit und gegenseitige Achtung herrschen muß."

Hieran knüpft sich nun eine Aeußerung des Erblassers, welche ihrer Wortfassung nach allerdings Schwierigkeiten macht, nämlich die:

„Sollte Einer nach der Pachtzeit oder während „ihrer zehn ersten Jahre, wo sie das Ganze übernommen, „der Unverträglichkeit wegen aus demselben ausgewiesen werden, „hat er an dem billigen Uebernahmspreis von Haus und Ge„schäft keinen Antheil, sondern dasselbe verbleibt dem Andern „um fl. 110,000, ohne etwas dem Andern herauszubezahlen. „— Dieses ist in den Uebernahme- oder Kaufvertrag „aufzunehmen."

Die Schwierigkeit, welche die Auslegung dieser Erklärung, des Erblassers darbietet, besteht zunächst in folgendem: Bisher hatte derselbe nur den Fall vorgesehen, daß während der 4jährigen Pacht- und Probezeit seine Neffen sich mit einander nicht sollten vertragen können, und auch die Art und Weise angeordnet, wie während dieser 4jährigen Zeit der Unverträgliche aus Pachtgemeinschaft, sowie aus dem gemeinschaftlichen Gasthofs-Betriebe auszuweisen. — Nun aber reflectirt der Testator auf den Fall der Ausweisung einer seiner Neffen aus dem Gasthofs-Betriebe wegen Unverträglichkeit nach Ablauf der Pachtzeit — und nachdem beide Neffen den Gasthof zum . . . Hof käuflich übernommen haben. Die Schwierigkeit ist hier aber die, daß der Erblasser, was diese Ausweisung nach der Pachtzeit anbetrifft, nicht in dispositiven, anordnenden, befehlenden Worten spricht, sondern sich in der Art äußert, als ob eine solche Ausweisung, die Bedingungen und die Art derselben, von ihm bereits festgestellt worden wären. „Sollte Einer nach der Pachtzeit . . . der Unverträglichkeit wegen . . . ausgewiesen werden," — so lautet die betreffende Stelle des Testamentes, während der Testator, wie bereits be-

merkt, im Vorhergehenden nur den Fall der Unverträglichkeit innerhalb der 4jährigen Pacht- und Probezeit vorgesehen, und allein für diesen Fall die Ausweisung des Unverträglichen und die Art und Weise, wie diese geschehen soll, angeordnet hat.

Indessen kann es kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Absicht des Erblassers dahin ging, es solle auch nach Ablauf der 4jährigen Pacht- und Probezeit während eines gewissen Zeitraums der gemeinschaftliche Gasthofsbetrieb im Falle der Unverträglichkeit seiner beiden Neffen aufgelöst werden können, und zwar in der Art, daß der Unverträgliche nunmehr jeden Anspruch an Haus und Geschäft ohne Ersatzforderung an den Andern, wiewohl selbstverständlich gegen Vergütung des von ihm am Ankaufspreis von fl. 110,000 Bezahlten, verlieren, — sowie auch, daß in betreff einer solchen Ausweisung die Anordnungen maßgebend sein sollten, welche der Testator zunächst und unmittelbar allerdings nur für die 4jährige Pachtzeit aufgestellt.

Es ergibt sich diese Auslegung daraus, daß der Erblasser die Ausweisung eines seiner Neffen wegen Unverträglichkeit nach der Pachtzeit vorsieht; — daß er als Folge hievon bestimmt, es sollte der Ausgewiesene an dem billigen Uebernahmspreise von Haus und Geschäft keinen Antheil haben, sondern dasselbe dem Andern, ohne daß er etwas herauszubezahlen hätte, um fl. 110,000 verbleiben; — daß er endlich anordnet, es sei dies in den Uebernahme- wie Kaufvertrag aufzunehmen, — wogegen der Testator dadurch, daß er die Bedingungen dieser Ausweisung nicht bestimmt, daß er vielmehr von denselben in einer bloß Bezug nehmenden Form gesprochen, offenbar seinen Willen kundgegeben, es sollten rücksichtlich einer Ausweisung nach der Pachtzeit die Bedingungen und Formen in Anwendung kommen, die er früher in Betreff einer Ausweisung während der 4jährigen Pacht- und Probezeit aufgestellt.

Allein wie lange soll nach der Pachtzeit die Ausweisung des einen der beiden Käufer und Theilhaber des Gasthofes

und Geschäfts zum . . . . Hof wegen Unverträglichkeit unter besagtem Präjudiz statthaben können?

Die Antwort auf diese Frage würde keinem Zweifel unterliegen, wenn die betreffende Stelle des Testamentes dahin lautete: Sollte Einer nach der Pachtzeit, während Ihren ersten zehn Jahren, wo sie das Ganze übernommen der Unverträglichkeit wegen aus demselben ausgewiesen werden; oder auch: „Sollte Einer nach der Pachtzeit und während Ihren ersten zehn Jahren u. s. w.“, indem es alsdann kaum zu beanstanden wäre, daß die ersten zehn Jahre von Ablauf der 4jährigen Pachtzeit an zu rechnen. Allein das Testament besagt: „Sollte Einer nach der Pachtzeit **oder** während „Ihren ersten zehn Jahren, wo sie das Ganze übernommen, „der Unverträglichkeit wegen aus demselben ausgewiesen werden u. s. w. Da nun der Ausdruck „das Ganze übernehmen“ an sich sowohl von der Uebernahme des Gasthofs zum . . . . . Hof durch die beiden Neffen als Pächter, als auch von der Uebernahme des Gasthofs und Geschäfts in der Eigenschaft als Käufer verstanden werden kann, so ist die Frage nicht zu umgehen, ob der zehnjährige Zeitraum, während dessen eine Ausweisung des einen Neffen sollte statthaben können, die 4jährige Pachtzeit in sich begreift, oder erst mit deren Ablauf zu beginnen hat. Indessen stehen wir trotz der unglücklichen Fassung jener Stelle des Testamentes nicht an, uns für die letztere Auslegung zu erklären. Für dieselbe spricht einmal, daß wenn die 4jährige Pachtzeit in den zehn Jahren inbegriffen sein sollte, der Erblasser nicht das Ende der Pachtzeit und den zehnjährigen Zeitraum durch die Worte „oder“ im Gegensatz hätte bringen können. — Es spricht für diese Auffassung aber ferner der Umstand, daß der Erblasser für die 4jährige Pacht- und Probezeit früher durchaus klare Anordnungen getroffen, welche ganz andrer Art wie diejenigen sind, welche er nachher für die zehnjährige Zeit aufgestellt. — Wenn nämlich die beiden Neffen die 4 Jahre Pachtzeit nicht in Einigkeit und gegenseitiger Achtung zurücklegen, vielmehr der Eine von ihnen wegen Unverträglichkeit aus

der gemeinschaftlichen Pachtung des Gasthofes ausgewiesen worden, so soll keiner derselben Anspruch darauf haben, den . . . . Hof für den Kaufpreis von fl. 110,000 zu übernehmen. Dies ist der Sinn der Bestimmung: „Nachdem beide Neffen die 4 „Jahre Pachtzeit in Einigkeit und gegenseitiger Achtung nach „meinem Wunsche und Vorschrift zurückgelegt haben, können „Beide, Otto und Gustav in Comp. den Gasthof zum . . . . Hof „. . . für den Kaufpreis von fl. 110,000 als Eigenthum über„nehmen"; während nirgends im Testamente bestimmt ist, daß in dem Falle einer Ausweisung des einen der Neffen aus der Pachtgemeinschaft der Andere für sich allein jenen Anspruch auf Uebernahme des Hauses haben solle. — Für den später vom Testator hervorgehobenen zehnjährigen Zeitraum, nach Uebernahme des Ganzen durch die beiden Neffen ordnet dagegen derselbe an, daß im Falle einer Ausweisung des einen Neffen wegen Unverträglichkeit das Haus dem Andern um fl. 110,000 verbleiben solle, ohne daß er an jenen etwas herauszubezahlen hätte. Der Testator reflectirt hier demnach, wie ungeachtet der mangelhaften Ausdrucksweise entschieden anzunehmen ist, auf den Fall, daß das Haus von den beiden Neffen um den Preis von fl. 110,000 erworben und knüpft an die Unverträglichkeit Eines von ihnen die Folge, daß dieser aus der Gemeinschaft an Haus und Geschäft gegen Vergütung seines Antheils an dem Kaufpreis von fl. 110,000, aber ohne weiteren Ersatzanspruch, soll ausgestoßen werden können.

Hiernach ist, um das Gesagte zusammenzufassen, der Sinn des Testaments, — so weit dasselbe uns hier interessirt, und abgesehen von den späteren Nachträgen, folgender:

1. Die Erben des Testators sollen den beiden Neffen desselben, Otto K. und Gustav W., auf die Zeit von 4 Jahren den Gasthof zum . . . . Hof unter gewissen näher bezeichneten Bedingungen pachtweise überlassen.

2. Ist der eine oder andere der beiden Neffen während der 4jährigen Pachtzeit unverträglich, so kann er nach zwei-

maliger erfolgloser Warnung aus der Pachtgemeinschaft ausgewiesen werden. —

3. Wird die 4jährige Pacht- und Probezeit dagegen glücklich bestanden, so sind die beiden Neffen, Otto K. und Gustav W., berechtigt, den Gasthof käuflich um die Summe von fl. 110,000 zu übernehmen.

4. Innerhalb 10 Jahren nach dieser käuflichen Uebernahme kann der eine oder andere der beiden gemeinschaftlichen Käufer und Miteigenthümer wegen Unverträglichkeit aus der Gemeinschaft ausgestoßen werden, gegen Vergütung seines Antheils am Kaufpreise, aber ohne weiteren Ersatzanspruch, so daß der andere Allein-Eigenthümer des Gasthofes und Geschäfts wird.

Inzwischen hatte der Erblasser, nach einer uns mündlich gemachten Mittheilung, eine Reise nach Italien mit dem einen seiner Neffen, Gustav W., gemacht, von welcher er mit diesem unzufrieden zurückgekehrt zu sein scheint.

Dieser Unzufriedenheit gab der Testator in einem Nachtrage zu seinem Testament, vom 12. April 1865, Ausdruck, worin er erklärt:

„Gustav mache ich den Vorwurf, mich in Innsbruck „vergleichgiltigt zu haben.

„Ich bestimme nunmehr, daß Gustav W. zehn Jahre „als Associé mit Otto verbleiben kann; nach diesen zehn Jahren „fällt das Hotel u. s. w. meinem Neffen Otto K. als Eigen„thum zu."

Bei Auslegung dieses Codicills hat man von dem im Landrechtssatz 1036 aufgestellten Grundsatze auszugehen:

„Spätere letzte Willensverordnungen, worin die früheren „nicht ausdrücklich widerrufen sind, machen von den Verfügungen, „die in den früheren enthalten sind, nur jene ungültig, die mit „den neueren nicht zusammen bestehen können;"

oder mit a. W. der Widerruf letztwilliger Dispositionen ist nicht zu vermuthen, und daher, abgesehen von dem Falle ausdrücklichen Widerrufs, nur insoweit anzunehmen, als sich die ver-

schiedenen letztwilligen Verfügungen verschiedenen Datums nicht neben einander aufrecht erhalten lassen.

Durch das Testament vom 9. Januar 1865 hatte aber der Erblasser, wie vorstehends ausgeführt worden, angeordnet:

1. Seine beiden Neffen, Otto K. und Gustav W. sollten den . . . . Hof auf 4 Jahre in Pacht erhalten.
2. Sie sollten, wenn die 4jährige Pacht- und Probezeit glücklich bestanden, d. h. die Pachtgemeinschaft innerhalb dieser Zeit nicht wegen Unverträglichkeit des Einen aufgelöst worden, den Gasthof zum . . . . Hof in Comp. um den Preis von fl. 110,000 käuflich übernehmen können.
3. Endlich sollte innerhalb 10 Jahren von dieser käuflichen Uebernahme an derjenige der beiden Mitkäufer, der sich unverträglich erwiesen, aus der Gemeinschaft von Haus und Geschäft gegen Vergütung seines Antheils am Preise von fl. 110,000, aber ohne weiteren Ersatzanspruch, ausgestoßen werden können.

Nach Ablauf von 10 Jahren dagegen, — dies lag im Sinne dieser Bestimmungen, — sollte eine solche außerordentliche Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den beiden Mitkäufern nicht mehr Statt finden, sondern dieselbe nur auf gewöhnlichem Wege, durch gütliche Uebereinkunft oder in Folge einer Theilungsklage vor sich gehen können.

Frägt man nun nach der Tragweite der vom Testator in dem Codicille vom 12. April 1865 getroffenen Anordnung:

„Ich bestimme nunmehr, daß Gustav W. zehn Jahre als Associé mit Otto verbleiben kann, nach diesen zehn Jahren fällt das Hotel u. s. w. meinem Neffen Otto K. als Eigenthum zu.“

so ist nach dem vorstehend vorausgeschickten Interpretations-Grundsatze vorerst an den sub 1 und 2 hervorgehobenen Anordnungen des Testaments hierdurch nichts geändert.

Es sollen also die beiden Neffen des Erblassers, Otto K. und Gustav W., den . . . . Hof auf 4 Jahre in Pacht erhalten.

„Sie sollen ferner, wenn die 4jährige Pacht- und Probezeit bestanden, ohne daß die Pachtgemeinschaft wegen Unverträglichkeit des Einen aufgehoben worden, den Gasthof zum .... Hof in Comp. um den Preis von fl. 110,000 übernehmen können.

Wohl aber ist die oben unter 3 hervorgehobene testamentarische Verfügung durch den besagten Nachtrag abgeändert. Sie ist insoferne abgeändert, als nach Ablauf von 10 Jahren von der käuflichen Uebernahme des Gasthofs durch Otto K. und Gustav W. jener das Hotel zu ausschließlichem Eigenthum haben soll; oder als mit a. W. Gustav W. sich nach 10jähriger Association, von dem bezeichneten Zeitpunkt an gerechnet, gefallen lassen muß, daß er in Beziehung auf seinen Antheil am Gasthofe und Geschäfte durch Vergütung seines Antheils an dem Kaufpreis von fl. 110,000 abgefunden werde.

Hierin liegt aber zugleich eine weitere Abänderung der im Testamente vom 9. Januar 1865 getroffenen Anordnung; nämlich daß Otto K. während der 10jährigen Zeit nicht wegen Unverträglichkeit aus der Gemeinschaft des käuflich erworbenen Hauses und Geschäfts soll ausgestoßen werden können; da ihm jedenfalls nach Ablauf der 10 Jahre das mit Gust. W. käuflich erworbene Hôtel als ausschließliches Eigenthum zufallen soll.

Ergibt sich aus dem Gesagten, daß nach dem Testamente vom 9. Januar und dem Nachtrag vom 12. April 1865 die dem Gustav W. zugestandene Associationszeit ausschließlich der 4jährigen Pachtzeit zu berechnen ist, so kann dieses Ergebniß nicht um deßwillen beanstandet werden, weil in der That sowohl zwei Mitpächter, wie zwei Mitkäufer, die gemeinschaftlich ein Hôtelgeschäft betreiben, Associé's sind, da, wie bereits gezeigt, der Nachtrag zum Testament nicht für sich allein auszulegen, sondern im Zusammenhange mit diesem letzteren, dessen stillschweigender Widerruf nicht vermuthet werden darf, zu interpretiren ist.

In einem letzten Codicille endlich, vom 15. April 1865 verordnet der Erblasser, der zu milderen Gesinnungen für seinen Neffen Gust. W. gekommen zu sein scheint:

„ferner 5 weitere Jahre, somit hat Gustav 15 Jahre „Association."

Daß diese 15 Jahre Association nur ausschließlich der 4jährigen Pachtzeit zu berechnen, bedarf nach dem Vorstehenden keiner weiteren Ausführung.

Immerhin bleibt die Gesammtheit der Anordnungen des Erblassers, wie sie sich nach der hier gegebenen Auslegung herausstellen, eine beim ersten Anblick eigenthümliche. Als eigenthümlich erscheint es insbesondere, daß der Testator, obwohl er seinen Neffen Otto K. vor Gust. W. begünstigen, und jenem nach Ablauf einer gewissen Zeit Gasthof sammt Geschäft um einen geringen Preis ausschließlich zuwenden will, doch denselben einer 4jährigen Pacht- und Probezeit unterwirft und zwar in der Art, daß wenn die Pachtgemeinschaft in Folge der Unverträglichkeit des einen oder anderen Theils aufgelöst werden sollte, auch K. keinen Anspruch auf Ankauf des Hauses um fl. 110,000 haben soll. Indessen erklärt sich diese Eigenthümlichkeit einmal durch den wiederholt kundgegebenen Wunsch des Erblassers, daß sein Geschäft in gedeihlicher Weise fortgeführt werde, und dann dadurch, daß er, wie er ausdrücklich im Testamente ausgesprochen, davon ausging, es werde Otto K. nicht die Veranlassung von Unverträglichkeiten sein, während diesem andrerseits freisteht, im Falle der Unverträglichkeit seines Mitpächters von einer Auflösung der Pachtgemeinschaft innerhalb der 4 Jahre abzusehen, und sich dadurch den Erwerb des Hauses sammt Geschäfts in Gemeinschaft mit Gust. W. zu sichern.

Hiernach geht denn unser rechtliches Erachten in Ansehung der ersten an uns gerichteten Frage dahin:

Daß unter den laut dem Codicille vom 15. April 1865 bestimmten 15 Jahren Association des Otto K. und Gustav W. die bedungene 4jährige Pachtzeit nicht inbegriffen; daß mit a. W. die beiden Neffen Otto K. und Gustav W. das Geschäft 19 Jahre mit einander zu führen haben.

II. Frage.

Fällt das Hôtel sammt Zugehör dem Neffen Otto K. nach 10 Jahren oder nach 15 Jahren oder

erst nach 19 Jahren als Eigenthum um den Preis von fl. 110,000 zu?

Sieht man zunächst vom letzten Codicille vom 15. April 1865 ab, indem man allein das Testament sammt dem Nachtrage vom 12. April 1865 in Betracht zieht, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß nach der damaligen Sachlage Otto K. das Eigenthum am Gasthause um den Preis von fl. 110,000 erst nach Ablauf von 14 Jahren haben sollte, indem die 10 Jahre Associationszeit, auf welche Gustav W. Anspruch gegeben und nach deren Ablauf der Anfall des Hôtels in das ausschließliche Eigenthum des Otto K. bestimmt, unseren früheren Ausführungen zufolge erst mit Beendigung der 4jährigen Pachtzeit ihren Anfang nehmen sollten.

Nachdem nun durch Codicill vom 15. April 1865 der Erblasser verfügt:

„ferner 5 weitere Jahre, somit hat Gustav 15 Jahre „Association",

ohne eine ausdrückliche Anordnung in Ansehung des Zeitpunkts, mit welchem der . . . . Hof an Otto K. zufallen sollte, hier zu treffen, kann die Frage nur die sein, ob letzterer nach 14 Jahren, d. h. nach 4jähriger Pachtzeit und 10jährigem Miteigenthum mit Gustav W., oder erst nach 19 Jahren Anspruch auf das ausschließliche Eigenthum an besagtem Gasthofe haben soll.

Der Zweifelsgrund ist folgender: Eine Association zum Zwecke eines Gasthofsbetriebs setzt keineswegs nothwendig ein Miteigenthum der Gesellschafter am Hôtel voraus. Wie eine Association unter zwei Mitpächtern besteht, welche das Geschäft für gemeinschaftliche Rechnung führen, so kann eine solche auch ohne Pachtverhältniß zwischen dem Eigenthümer eines Gasthauses und einem Andern in der Art Statt finden, daß jener den Gebrauch des Hôtels mit oder ohne Inventar, dieser seine persönliche Thätigkeit sowie möglicher Weise anderweitige Leistungen in die Gesellschaft einwirft. Hiernach ist, indem der Erblasser durch Codicill vom 12. April 1865 erklärte:

„Ich bestimme nunmehr, daß Gust. W. zehn Jahre als „Associé verbleiben kann; nach diesen zehn Jahren fällt das „Hotel u. s. w. meinem Neffen Otto K. als Eigenthum zu“ während er im Codicill vom 15. April 1865 lediglich verfügt

„ferner 5 weitere Jahre, somit hat Gustav 15 Jahre „Association“,

an sich mit dieser Erstreckung der zehnjährigen, von Ablauf der 4jährigen Pachtzeit, zu berechnenden Associations-Zeit auf 5 weitere Jahre der Zeitpunkt nicht hinausgeschoben, mit welchem das Hôtel Otto K. als Eigenthum zufallen soll. — Da nun andrerseits, wie früher gezeigt, nach Landrechtssatz 1036 eine frühere letztwillige Disposition nur insoweit als stillschweigend durch die andere widerrufen zu betrachten ist, als sie neben letzterer nicht bestehen kann, so ließe sich wohl die Meinung rechtfertigen, daß ungeachtet der zu Gunsten des Gustav W. vom Erblasser auf 15 Jahre verlängerten Associations-Zeit der . . . . Hof nach zehnjähriger Association, vom Ablauf der 4jährigen Pachtzeit an gerechnet, in das ausschließliche Eigenthum des Otto K. falle.

Dessenungeachtet sind wir der rechtlichen Ansicht, daß die Absicht des Erblassers eine andere gewesen, und daß das Testament sammt den beiden Nachträgen hier anders auszulegen ist.

Die ursprüngliche Absicht des Erblassers, wie sie im Testamente vom 9. Januar 1865 hervortritt, ging dahin, seinen beiden Neffen nach glücklich bestandener 4jähriger Pacht- und Probezeit das Recht des gemeinschaftlichen Ankaufs des . . . . Hofs zum Preise von fl 110,000 zu sichern, — jedoch mit der Maßgabe daß hierauf noch während eines Zeitraums von 10 Jahren der eine oder andere der beiden Theilhaber wegen Unverträglichkeit gegen Vergütung seines Antheils am Kaufpreise von fl. 110,000 ohne weiteren Ersatzanspruch aus der Gemeinschaft sollte ausgestoßen werden können; — wogegen nach Ablauf der 10 Jahre eine derartige Ausschließung nicht mehr zulässig sein sollte.

Das änderte nun der Testator mittelst Codicills vom 12. April 1865 zunächst dahin, daß zwar Gustav W. nach wie vor Anspruch auf 10jährige Association — nach Ablauf

der 4jährigen Pacht oder Probezeit — haben, dagegen nach Ablauf der 10 Jahre Otto K. auf das ausschließliche Eigenthum am Hotel um den Preis von fl. 110,000 berechtigt sein sollte.

Indem aber der mittlerweile zu milderen Gesinnungen für seinen Neffen Gustav W. gekommene Erblasser diesem mittelst Codicills vom 15. April 1865 fünf weitere Jahre Association einräumte, wollte er offenbar hiermit auch den Zeitpunkt, mit welchem Otto K. Anspruch auf das ausschließliche Eigenthum am Hotel und folgeweise auf Ausschließung des Gustav W aus dem Gasthofsbetriebe haben sollte, um 5 Jahre hinausschieben.

Dies ergibt sich unseres Erachtens aus dem ganzen Zusammenhange der sämmtlichen Dispositionen des Erblassers, und insbesondere ferner auch daraus, daß er im Falle anderer Willensmeinung offenbar im Codicille vom 15. April 1865 die Bedingungen der anderen 5jährigen Association und namentlich die Einlagen des Gustav W. in diese neue Gesellschaft, bei welcher er nicht mehr als Miteigenthümer des Hotels betheiligt sein sollte, geregelt haben würde.

Wir stehen demgemäß nicht an, in Ansehung der zweiten uns vorgelegten Frage unsere rechtliche Meinung dahin auszusprechen, daß das Hotel sammt Zugehör dem Neffen Otto K, erst nach Ablauf von 19 Jahren (4 Jahre Pachtzeit und 15 weitere Jahre Association) als Eigenthum um den Preis von fl. 110,000 zufallen solle.

III. Frage.

Wie ist das Verhältniß des Neffen Otto K. oder desselben und des Neffen Gustav W. zusammen gegenüber der Masse nach Ablauf der vierjährigen Pachtzeit?

Das Verhältniß des Otto K. und des Gustav W gegenüber der Masse nach Ablauf der vierjährigen Pachtzeit ist das, daß jene alsdann berechtigt sind, in Compagnie den

Gasthof zum . . . . Hof mit allen Zubehörungen um den Preis von fl. 110,000 zu kaufen, diese, die Erbmasse, verpflichtet ist, besagten Gasthof um diesen Preis an die beiden Neffen als Mitpächter zu verkaufen. Darüber lassen die ausdrücklichen Erklärungen des Erblassers in seinem Testamente keinen Zweifel, wenn er sagt „nachdem beide Neffen die 4 Jahre Pachtzeit in „Einigkeit und gegenseitiger Achtung zurückgelegt haben, können „beide, Otto und Gustav, in Comp. den Gasthof zum . . . . Hof „für den Kaufpreis von fl. 110,000 als Eigenthum über„nehmen"; — weiter: „in dieser billigen Kaufsumme „mögen beide ernstlich beherzigen, daß ich ihnen eine gemachte „Existenz bereite", und endlich später anordnet, daß gewisse Bedingungen in den Uebernahme- oder Kaufvertrag aufzunehmen sind.

Die Neffen Otto K. und Gustav W. erwerben also mit Ablauf der 4jährigen Pachtzeit nicht unmittelbar das Eigenthum am Gasthofe gegen die Verpflichtung, eine Summe von fl. 110,000 an die Masse zu bezahlen; sie können nicht unmittelbar Eintrag des Hauses in das Grundbuch auf ihren Namen, als ihr gemeinschaftliches Eigenthum verlangen.

Gegenstand des den beiden Neffen hier von ihrem Onkel gemachten Vermächtnisses ist nicht der . . . . Hof sammt Zubehörungen, sondern das Recht zu fordern, daß ihnen derselbe von der Erbmasse um den billigen Preis von fl. 110,000 verkauft werde.

Das Recht der beiden Neffen nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit und die Verpflichtung der Erbmasse ist analog dem Recht und der Verbindlichkeit aus einem pactum de vendendo; analog dem Verhältnisse, welches vorläge, wenn die Erbmasse den beiden Neffen versprochen hätte, ihnen nach Ablauf der Pachtzeit den Gasthof um den Preis von fl. 110,000 zu verkaufen und diese das Versprechen angenommen hätten; nur daß dieses Verhältniß nicht auf einer Uebereinkunft, sondern auf einer Anordnung des Erblassers, auf einem Stückvermächtniß beruht, mit welchem dieser seine Erben zu Gunsten des Otto K. und Gustav W. belastet.

Die Verpflichtung der Erbmasse gegenüber den beiden Neffen nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit ist demnach eine obligatio faciendi, die Verbindlichkeit nämlich auf Begehr der letzteren ihnen den . . . . Hof sammt Zugehör um den Preis von fl. 110,000 zu verkaufen; und gehen auch bei einer derartigen Obligation Klage und Verurtheilung auf das obligationsmäßige Thun, hier auf die Vornahme des besagten Verkaufs, so löst sich doch in dem Falle, daß der Verurtheilte die in seinem Thun bestehende Leistung nicht sollte prästiren wollen, dessen Verbindlichkeit in eine Verpflichtung zu Schadensersatz auf,

Landrechtsſ. [illegible]2;
Proz.-Ordn. § 873.

d. h. im vorliegenden Falle in die Verpflichtung der Masse, den beiden Neffen das Interesse zu bezahlen, welches sie am Erstehen des Gasthofs um den Preis von fl. 110,000 hätten.

Die Verbindlichkeit der Masse, den beiden Neffen, Otto K. und Gustav W. den . . . . Hof nach Ablauf von 4 Jahren um den Preis von fl. 110,000 zu verkaufen, ist jedoch eine bedingte. Sie ist bedingt dadurch, daß die beiden Neffen den Gasthof auf 4 Jahre unter den vom Testator in seinem Testamente gestellten Bedingungen in Pacht nehmen, und daß die Pachtgemeinschaft während der 4jährigen Pacht- und Probezeit nicht wegen Unverträglichkeit des einen oder anderen Theilhabers aufgelöst wird.

Das Recht der beiden Neffen Otto K. und Gustav W. nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit ist aber gegenüber der Erbmasse das Nämliche; sie sind berechtigt, in Comp., mit a. W. in Gemeinschaft, als Gesellschafter zu verlangen, daß ihnen der . . . . Hof sammt Zugehör um den Preis von fl. 110,000 verkauft werde. Dagegen ist das Verhältniß des Gustav W. gegenüber dem Otto K. allerdings ein ungünstiges, indem jener nach Ablauf von 15 Jahren, welche unsern früheren Ausführungen zufolge von der gemeinschaftlichen käuflichen Uebernahme des Hotels an laufen, von letzterem genöthigt werden kann, ihm sein Theilrecht am Hause und Geschäft, ohne weitern

Anspruch als den auf Vergütung seines Antheils am Preise von fl. 110,000, zu überlassen.

Allein es kömmt dieses Verhältniß, welches lediglich unter den beiden Neffen besteht, gegenüber der Erbmasse nicht in Betracht, weßhalb wir denn, da es über die an uns gestellte Frage hinausgeht, dasselbe nicht weiter verfolgen.

Unser rechtliches Erachten in Ansehung der dritten Frage geht demnach dahin:

Das Verhältniß der Neffen Otto K. und Gustav W. gegenüber der Masse nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit ist das, daß jene von dieser den Verkauf des . . . Hofes an sie um den Preis von fl. 110,000 fordern können.

IV. Frage.

Wie verhält sich das Recht der Masse im Falle der Neffe Otto K. während der 10 Jahre oder der 15 Jahre, resp. 19 Jahre mit Tod abgehen sollte? Hat dessen Hinterlassenschaft, resp. dessen Erben, das Recht das Hotel u. s. w. zu den im Testamente angegebenen Bedingungen an sich zu ziehen, oder fällt dasselbe an die Masse zurück und nehmen die Erben des Otto K. nur das Recht ein, welches demselben als Mitglied der Masse zukömmt?

Nach unsern sub I. gegebenen Ausführungen ist hier ein doppelter Zeitpunkt zu unterscheiden, nämlich die 4jährige Pacht und Probezeit, und dann die 15 Jahre, während welcher Otto K. und Gustav W. den . . . . Hof als Mitkäufer und Miteigenthümer gemeinschaftlich betreiben sollen.

Stirbt nun Otto K. während der 4jährigen Pachtzeit, so haben dessen Erben keinerlei Anspruch, das Hotel u. s. w. zu den im Testamente angegebenen Bedingungen an sich zu ziehen; und ist beziehungsweise die Masse nicht verpflichtet, den . . . . Hof um die Summe von fl. 110,000 zu überlassen.

Dies ergibt sich nicht bloß aus der Anordnung des Erblassers, daß, nachdem beide Neffen die 4 Jahre Pachtzeit zurückgelegt, sie in Comp. den Gasthof zum . . . . Hof für den Kaufpreis von fl. 110,000 als Eigenthum übernehmen können, sondern aus der Ermahnung, die er ihnen gibt, ernstlich zu beherzigen, daß er ihnen eine gemachte Existenz zusichere, — weßhalb sie nur nicht übermüthig werden möchten. Richtet sich nun diese Ermahnung offenbar an die Personen der beiden Neffen, ist sie auf die Meinung gegründet, welche der Testator von deren Individualität hatte, so deutet dies andrerseits darauf hin, daß dieser eine individuelle Bevorzugung des Otto K. und Gustav W. in Betreff des ihnen eingeräumten Anspruchs auf billigen Ankauf des Gasthofs beabsichtigte, daß dieser Anspruch mit a. W. auf den Todesfall des einen oder anderen während der Pachtzeit nicht auf dessen Erben übergehen sollte.

Zu dem nämlichen Ergebnisse führt aber noch eine andere Erwägung. Nach Laut des Testaments sollen nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit Otto K. und Gustav W. in Comp. den . . . . Hof für den Kaufpreis von fl. 110,000 als Eigenthum übernehmen können. Der Testator unterstellt hier zweifellos, daß seine beiden Neffen das Gesellschaftsverhältniß, in welchem sie während der 4jährigen Pachtzeit zum Zwecke des Gasthofsbetriebs als Mitpächter gestanden, nach jenen 4 Jahren fortsetzen, nur daß hier die Gesellschafter befugt sein sollen, den Gasthof für den billigen Preis von fl. 110,000 an sich zu ziehen, um nunmehr als Mitkäufer und Miteigenthümer dem gemeinschaftlichen Geschäfte obzuliegen. Da nun eine Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird,

Landrechtssatz 1865

und die Erben eines verstorbenen Socius an dessen Stelle in die Gesellschaft nicht eintreten, so lag es sicherlich nicht in der Absicht des Erblassers, daß wenn die Association zwischen Otto K. und Gustav W. durch den innerhalb der 4jährigen Pachtzeit erfolgten Tod eines derselben aufgelöst werden sollte, die Erben des Verstorbenen in dessen Anspruch auf Ankauf des

Hotels einzutreten befugt wären. Es sollte mit a. W. im Sinne des Erblassers das Recht auf Ankauf des . . , . Hofs zum Preise von fl. 110,000 wegfallen, wenn die Pachtgesellschaft seiner beiden Neffen, sei es in Folge von Unverträglichkeit des einen, sei es durch dessen Tod aufgelöst würde.

Anders verhält sich dagegen die Sache auf den Fall, daß Otto K. nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit innerhalb der folgenden 15 Jahre mit Tod abgehen sollte, obwohl hier wieder zwei Möglichkeiten zu unterscheiden sind.

Die eine ist die, daß Otto K. nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit und nach Vollzug des gemeinschaftlichen Ankaufs des . . . . Hofs mit Gustav W. versterben sollte. Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß derselbe als Mitkäufer und resp. Miteigenthümer seine Rechte am gemeinschaftlichen Gasthofe auf seine Erben übertragen würde; — und daß davon keine Rede sein kann, daß der verkaufte Gasthof an die Masse zurückfiele, — was nur auf Grund besonderer Anordnung des Erblassers resp. besonderer Stipulation in dem von der Masse mit den beiden Neffen abgeschlossenen Kaufvertrage denkbar wäre.

Nicht so einfach ist dagegen der Fall, wenn Otto K. zwar nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit, allein vor Vollzug des gemeinschaftlichen Ankaufs des . . . . Hofs mit Gustav W. mit Tod abgehen sollte.

Man könnte hier nämlich von der Auffassung ausgehen, daß durch den Tod des Otto K. die zwischen ihm und Gustav W. zum Zwecke des Gasthofsbetriebs bestandene Gesellschaft aufgelöst sei, — daß aber der Erblasser, indem er seinen Neffen den Anspruch auf billigen Ankauf des . . . . Hofs zugesichert, von der Voraussetzung ausgegangen, daß die unter jenen gebildete Gesellschaft fortbestehe.

Ist nun allerdings diese Absicht des Testators unseren früheren Ausführungen zufolge anzunehmen, so kömmt andererseits hiergegen in Betracht, daß Otto K., sobald er den Ablauf der 4jährigen Pachtzeit erlebt, ein erworbenes Recht darauf hat, daß ihm in Gemeinschaft mit Gustav W. der . . . . Hof um die Summe von fl. 110,000 käuflich überlassen werde; —

während es von Zufällen abhängt, ob der Verkauf, dessen Abschluß er von der Masse fordern kann, früher oder später zur Perfection gelangt. Führt schon diese natürliche Betrachtung zum Ergebnisse, daß der nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit, allein vor der Perfection des Gasthofs-Ankaufs erfolgte Tod des Otto K. die Erbmasse desselben nicht um jenes Vermögensrecht bringen kann, so begründet sich dieses Resultat rechtlich dadurch, daß das vom Testator seinen beiden Neffen ausgesetzte Stückvermächtniß, kraft dessen sie den Ankauf des . . . . Hofs um den Preis von fl. 110,000 fordern können, ein bedingtes ist; — bedingt nämlich dadurch. daß die 4jährige Pachtgemeinschaft von Otto K. und Gustav W. weder in Folge von Unverträglichkeit, noch durch Tod aufgelöst wird, und daß wenn der Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung erlebt hat, er das Legat auf seine Erben überträgt.

Allg. Landrecht-Satz 1040.

Unsere rechtliche Meinung geht demnach in Ansehung der 4. Frage dahin:

Daß, wenn Otto K. vor Ablauf der 4jährigen Pachtzeit verstirbt, die Masse von der Verpflichtung entbunden ist, den . . . . Hof um die Summe von fl. 110,000 zu verkaufen;

daß dagegen bei einem nach Ablauf der 4jährigen Pachtzeit, wiewohl innerhalb der nächsten 15 Jahre erfolgten Tode des Otto K. die Masse verbunden ist, den besagten Verkauf an die Erben des Otto K. in Gemeinschaft mit Gustav W. vorzunehmen, so wie jene beziehungsweise keinerlei Recht hat, den bereits an K. und W. verkauften Gasthof an sich zu ziehen.

Familien-Fideicomiß.

I. Erfordernisse eines Familien-Fideicommisses nach gemeinem Recht, insbesondere mit Rücksicht auf den

Gegenstand, welchem Familien-Fideicommiß-Eigenschaft beigelegt werden soll. (Antheil an einem Bitterwasser-Geschäft.)

II. Eine besondere Successions-Ordnung gehört nicht zum Wesen des Familien-Fideicommisses, es ist auch zur Annahme der Absicht der Errichtung eines solchen nicht unbedingt erforderlich, daß durch den Stiftungsact weibliche Deszendenten und Deszendenten durch Weiber von der Succession ausgeschlossen werden.

III. Im Zweifel sind allerdings Weiber und Deszendenten durch Weiber als von der Succession in das Familienfideicommißgut ausgeschlossen zu betrachten.

IV. Der Begriff des Familienfideicommisses an sich erfordert nicht eine agnatische Erbfolge. Es kann vielmehr ein solches Fideicommiß für die Familie im weiteren Sinne, d. h. den Inbegriff der Blutsverwandten errichtet werden. Ist nun der Antheil des Stifters an einem zum dauernden Fruchtbezug geeigneten Bitterwasser-Geschäft in der Weise zum Gegenstand eines Familienfideicommisses gemacht, daß er vier verschiedenen zu seiner Familie gehörigen Erben vermacht und der Antheil in der Familie eines jeden der Erben Fideicommißgut sein solle, so sind in Wirklichkeit vier Familienfideicommisse intendirt, obwohl sie mit Rücksicht auf die Natur des Objekts im Zusammenhang stehen sollten.

V. Stirbt ein Stamm aus, so fällt der Antheil desselben in Ermangelung besonderer Stipulationen nicht an die anderen drei Stämme, vielmehr wird derselbe freies Eigenthum, und vererbt sich in Ermangelung eines Testaments des letzten Besitzers nach den Grundsätzen des Intestaterbrechts.

VI. Das Geschäft, durch welches ein Familien-Fideicommiß errichtet werden soll, braucht nicht nothwendig in die Form einer letztwilligen Verfügung — Testament, Codicill, Erbvertrag — eingekleidet zu sein. Ein solches

Fideicommiß kann vielmehr auch durch eine einseitige Verfügung unter Lebenden errichtet werden; es ist namentlich auch die Möglichkeit einer solchen Gründung mittelst einer Vereinbarung unter mehreren Geschwistern anerkannt, welche aus den Gütern einer ihnen zugefallenen noch ungetheilten Erbschaft, sei es aus eigener Bewegung, sei es auf den Rath, Wunsch, die Anordnung des Erblassers ein oder mehrere Familien-Fideicommisse errichten.

VII. Eine besondere äußere Form des Stiftungsacts, eine gerichtliche oder notarielle Abfassung ist nach gemeinem Rechte nicht erfordert.

VIII. Zur Gültigkeit der Familienfideicommiß-Errichtung ist nach gemeinem Rechte eine obrigkeitliche oder landesherrliche Genehmigung nicht nothwendig, wie auch eine öffentliche Bekanntmachung des Stiftungsacts zur Gültigkeit nach gemeinem Rechte nicht geboten erscheint.

Rechtsgutachten.

Am 11. Januar 1854 errichtete Herr Dr. med. B. in H. vor der Herzogl. Kreisgerichtsdeputation daselbst ein Testament, in welchem er seine 3 Geschwister und die Frau seines verstorbenen Bruders zu Erben einsetzte.

Die eingesetzten 4 Erben waren demnach:

1. Die Schwägerin des Testators L. B., Wittwe des Justizrathes W. B. zu M.;
2. Der Kaufmann L. B. zu M.;
3. Die Ida von Pf. geb. B. zu E.;
4. Der Kreisgerichts-Assessor B. B. zu K.

Diese 4 Erben wurden zu gleichen Theilen in den ganzen Nachlaß eingesetzt, indem jedem derselben dessen Kinder vulgariter substituirt wurden.

Zugleich ernannte der Testator den Herren Amtsverwalter H. zum Testamentsexecutor, wobei er insbesondere verfügte, es solle demselben die Administration des ihm

(dem Erblasser) eigenthümlich zustehenden Antheils an dem unter der Firma O. u. Comp. bestehenden Bitterwasser-Geschäft allein überlassen bleiben.

Die letztgenannte Bestimmung nahm der Testator nun in einer späteren letztwilligen Verfügung, welche er unterm 14. März 1854 vor der Kreisgerichtsdeputation in H. traf, ausdrücklich zurück, indem er erklärte, daß an deren Stelle folgende andere Anordnung treten sollte.

„Nach meinem Tode, — so lautete die andere Bestimmung, „— sollen meine in meinem Testamente benannten Erben zu„sammentreten und ein Statut festsetzen über die Frage, wie „es für die Zukunft mit der Verwaltung meines Antheils an „dem Bitterwasser-Geschäft unter der jetzigen Firma C. O. und „Comp. gehalten werden soll."

„Dieses Statut soll für alle Zeiten Gültigkeit haben und „sollen alle Interessenten unwiderruflich an dasselbe gebunden sein,"

„Eine Abänderung dieses Statuts soll nur mit Zustimmung „aller meiner Rechtsnachfolger eintreten."

„Für jetzt bestimme ich, daß mein Neffe B. B. in N. die „Administration meines Antheils für meine sämmtlichen Rechts„nachfolger auf seine Lebenszeit nach Maßgabe des von meinen „genannten Erben zu errichtenden Statuts gegen eine jährliche „Remuneration zu besorgen haben soll, die in dem 5. Theile „des auf meine sämmtlichen Erben kommenden Reinertrags„Antheils besteht."

„Weiter bestimme ich, daß mein genannter Neffe im Namen „meiner sämmtlichen Erben und Rechtsnachfolger meine Ver„hältnisse zu dem Salinenbesitzer O. in H. oder dessen Rechts„nachfolgern vorbehältlich der Zustimmung meiner Erben und „Rechtsnachfolger ordnen und reguliren soll."

Der Testator starb; die 4 eingesetzten Erben traten die Erbschaft aus dem Testamente an.

In dem Nachlasse befand sich, wie aus dem Mitgetheilten bereits hervorgeht, u. a. ein Antheil des Erblassers an dem

unter der Firma C. O. und Comp. betriebenen Bitterwasser-Geschäfte.

Dieses Antheils-Verhältniß war, unter Modificirung früherer Verträge aus den Jahren 1843 und 1846 durch einen Vertrag vom 18. März 1854 zwischen W. A. O. und dem Erblasser Dr. med. B. geregelt.

Laut letztgedachtem Vertrage sollte das als Compagnie-Geschäft bezeichnete Bitterwasser-Geschäft zwischen dem Dr. B. und W. A. O. sammt allen Activa und Passiva durchaus gemeinschaftlich seien. Beide Theile sollten in Beziehung auf den Aufwand, den Ertrag, die Gebäude, den Grund und Boden, Utensilien u. s. w. gleiche Rechte und Verbindlichkeiten haben.

Insbesondere machte sich Herr O. als Eigenthümer der Saline Friedrichshall verbindlich, der erwähnten Gesellschaft so viel Salzsoole, als davon als Mineralwasser erforderlich sei, aus den jetzt bestehenden Quellen der Saline Friedrichshall unentgeltlich verabfolgen zu lassen, so wie er sich auch verpflichtete, Niemanden sonst zu gestatten, die Soole aus Fr. in den Handel zu bringen.

Das Compagnie-Geschäft mit dem Vermögen und den Rechten der Theilhaber sollte auf die beiderseitigen Nachfolger in zwei Hälften übergehen, jede Seite jedoch nur durch Eine Person vertreten werden.

Die Dauer des Vertrags war auf 100 Jahre vom 1. Jan. 1858 an festgesetzt.

Nach dem Tode des Dr. med. B. traten nun die 4 Erben zusammen, um in Gemäßheit der vom Erblasser getroffenen Verfügung ein s. g. Statut über die Verwaltung des Antheiles desselben an besagtem Fr. Bitterwasser-Geschäft aufzustellen.

Es kam denn auch dieses s. g. Statut unterm 3. Juni 1855 durch eine unter den 4 Miterben in Gotha getroffene Vereinbarung zu Stande.

Durch diesen Vertrag wurde (§ 1) bestimmt: Es solle der von dem Dr. B. hinterlassene Antheil an dem Fr. Bitterwasser Geschäft für alle Zeiten Eigenthum der gedachten 4 Erben, resp. deren Familien bleiben.

Zu diesem Zwecke sollten die 4 Contrahenten und deren Erben nicht befugt sein, über ihren Antheil unter Lebenden oder von Todeswegen zu Gunsten Dritter zu verfügen, d. h. solcher Personen, die nicht in gerader Linie von einem der vier Contrahenten abstammten.

Auch werde ferner, so besagt weiter § 1 des Vertrags zu dem gedachten Zwecke der Unveräußerlichkeit nach aussen hin bestimmt, daß die Contrahenten und deren Erben für den Fall einer Verheirathung in einem Lande, in welchem gesetzlich die eheliche Gütergemeinschaft bestehe, gehalten sein sollten, die Gütergemeinschaft rücksichtlich ihrer Antheile an dem Bitterwasser-Geschäfte vertragsmäßig auszuschließen.

In § 2 des Vertrags wurde weiter angeordnet: Jeder der durch die 4 Erben gebildeten Stämme habe rücksichtlich aller das Bitterwasser-Geschäft betreffenden Angelegenheiten einen Bevollmächtigten aufzustellen und diesen den übrigen Interessenten anzuzeigen.

Jeder der gedachten Stämme habe in Betreff aller Geschäftsangelegenheiten Eine durch den Bevollmächtigten abzugebende Stimme.

Die Abstimmung rücksichtlich aller in Geschäftsangelegenheiten zu fassenden Beschlüsse erfolge nach einfacher Stimmenmehrheit.

Bei eintretender Stimmengleichheit sei von den Interessenten ein Schiedsrichter zu erwählen, dessen Stimme den Ausschlag gebe.

Nachdem dieses s. g. Statut errichtet worden und, wie es scheint, in Anwendung gebracht war, starb der eine der 4 Miterben, der Kreisgerichts-Assessor B. und wurde von seinem Sohne, dem Lieutenant B. beerbte. Auch dieser starb später und hinterließ seine Mutter als einzige Intestaterbin.

Die übrigen Theilhaber des Fr. Bitterwasser-Geschäftes wollen jedoch die Mitberechtigung der Frau Assessor B. an besagtem Geschäfte nicht anerkennen, indem sie sich darauf berufen, daß dieselbe durch das Testament des Dr. med. B. resp. durch das

von dessen Erben aufgestellte Statut von solcher Mitberechtigung ausgeschlossen sei.

Frau Assessor B. wünscht deßhalb ein rechtliches Gutachten darüber:

1. ob sie im Prozesse mit ihren Ansprüchen am Fr. Bitterwassergeschäft zu der Portion ihres Sohnes siegen wird?
2. Eventuell, ob sie statt des Anrechtes die offerirte Vergleichssumme von 10,000 fl. annehmen soll?

Rechtliche Beurtheilung.

Bei der rechtlichen Beurtheilung der vorgelegten Hauptfrage steht es zunächst außer Zweifel, daß Frau Assessor B. durch das Testament des Dr. med. B. von der Succession in den Antheil ihres verstorbenen Sohnes, den sie als einzige Intestaterbin beerbt, am Bitterwassergeschäft direkt nicht ausgeschlossen worden ist.

Denn es enthält besagtes Testament zunächst lediglich eine direkte Erbeinsetzung der drei Geschwister des Erblassers, sowie der Frau des verstorbenen Bruders desselben, des Justizraths Heinrich B. nebst einer Vulgär-Substitution der Kinder der Eingesetzten, die hier nicht weiter in Betracht kömmt, da der Substitutionsfall nicht eingetreten ist. Allerdings verfügte der Testator weiter in einem Nachtrage zu seinem Testament, — es sollten nach seinem Tode seine Erben ein Statut über die Frage festsetzen, wie es für die Zukunft mit der Verwaltung seines Antheiles an dem Fr. Bitterwasser-Geschäfte unter der Firma C. O. und Comp. gehalten werden solle.

Auch diese Disposition enthält jedoch an sich nichts, was dem Successionsrecht der Quärentin in den Antheil ihres verstorbenen Sohnes an besagtem Bitterwasser-Geschäft entgegenstünde.

Hiernach kann die Frage nur die sein, ob, ein solcher Ausschließungsgrund in dem s. g. Statute zu finden, welches nach dem Tode des Dr. med. B. dessen 4 Erben unterm 3. Juni 1855 vereinbart haben.

Die Erörterung dieses Punktes zerfällt der Natur der Sache nach in zwei Theile; einmal in die Untersuchung der Rechtsgültigkeit des Acts vom 3. Juni 1855 und dann in die Prüfung, ob die Rechtsgültigkeit dieser Disposition angenommen, die Quärentin durch dieselbe als ausgeschlossen vom Successionsrechte in den Antheil ihres Erblassers an dem Bitterwasser-Geschäft erscheint.

Bei Untersuchung der Rechtsgültigkeit des Acts vom 3. Juni 1855 kann man die Frage auf sich beruhen lassen, ob der Testator Dr. med. B. seinen Erben in rechtsverbindlicher Weise die Abfassung eines auf alle Zeiten gültigen Statuts in Ansehung des mit auf sie vererbten Antheils am Bitterwasser-Geschäfte auflegen konnte, und ob ferner diese Erben durch die getroffene Vereinbarung nicht über dasjenige hinausgegangen sind, was ihnen der Testator durch die Anordnung vorgeschrieben hatte, ein Statut über die Frage festzusetzen, wie es für die Zukunft mit der Verwaltung seines Antheils an dem Bitterwasser-Geschäft gehalten werden solle.

Denn ist das s. g. Statut seinem Inhalte oder seiner Form nach ungültig, so vermag hieran der Umstand nichts zu ändern, daß es in Erfüllung einer letztwilligen Anordnung festgesetzt worden; ist es dagegen nach Inhalt und Form gültig, so ist die Veranlassung dieser Disposition unerheblich, und nicht weniger der Umstand, daß die von den Erben gemeinsam getroffenen Festsetzungen über dasjenige hinausgehen, was zu vereinbaren ihnen vom Testator anbefohlen war.

Was nun zunächst den Inhalt des Actes vom 3. Juni 1855 anbetrifft, so bezweckt diese Vereinbarung, den auf die 4 Paciscenten übergegangenen Antheil des Testators an dem auf die Dauer von 100 Jahren errichteten Bitterwassergeschäft für alle Zeiten, d. h. auf so lange als das Bitterwasser-Geschäft bestehen sollte, in deren Familien zu erhalten.

In diesem Sinne besagte § 1 des Vertrags:

„Es solle der von dem Dr. B. hinterlassene Antheil an dem Fr. Bitterwassergeschäft für alle Zeiten Eigenthum der 4 Erben, resp. deren Familien bleiben.“

In dem nämlichen Sinne wurde daselbst den 4 Erben und deren Erben untersagt, über ihren Antheil unter Lebenden oder auf den Todesfall zu Gunsten Dritter zu verfügen, d. h. solcher Personen zu disponiren, die nicht in gerader Linie von einem der 4 Contrahenten abstammten.

Die Form, welche das deutsche Recht zur Erreichung des Zweckes, ein Vermögen, einen anderweitigen Gütercomplex oder selbst ein einfaches Vermögensstück auf alle Zeiten in einer Familie zu erhalten, darbietet, ist die des Familienfideicommisses.

Und in der That qualificirt sich der Act. vom 3. Juni 1855 seinem Inhalte nach als ein Willensact, durch welchen ein solches Fideicommniß errichtet werden sollte.

Geht man nämlich davon aus, daß das Familienfideicommiß ein Gut (Vermögen oder Vermögensstück) ist, welches kraft einer Privatdisposition der Veräußerung entzogen ist, das in einer gegebenen Familie bleiben, und von einem Mitgliede derselben auf das andere sich vererben soll, so bezweckt die Vereinbarung vom 3. Juni 1855 den Antheilen der 4 Erben am Fr. Bitterwasser-Geschäfte diese Eigenschaften beizulegen.

Der Antheil der 4 Erben an diesem Geschäfte sollte für alle Zeiten Eigenthum der Familien eines jeden derselben bleiben.

Verfügungen unter Lebenden wie von Todeswegen sollten jedem der 4 Erben über dessen Antheil, sowie auch dessen Erben untersagt sein, sofern die Disposition nicht zu Gunsten von Nachkommen der contrahirenden Erben stattfände.

Im Sinne der letztgedachten Anordnung lag es aber auch offenbar, daß die Vererbung des Antheils am Bitterwasser-Geschäft, welcher auf jeden der 4 Stämme gefallen, nur auf Descendenten der betreffenden Contrahenten statthaben sollte.

Endlich sollte bei der Verheirathung eines Berechtigten dessen Antheil am Bitterwasser-Geschäft von der ehelichen Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden.

Hiernach läßt sich nicht bezweifeln, daß die in dem Acte vom 3. Juni 1855 kundgegebene Absicht der 4 Erben des Dr. med. B. dahin ging, den Antheil eines jeden derselben am Fr. Bitterwasser-Geschäfte für alle Zeiten als unveräußerliches Familiengut zu erklären, daß diesem Antheile mit a. W. Familienfideicommiß-Eigenschaft verliehen werden sollte.

Lewis das Recht des Fideicommisses (Berlin 1868), S. 102. 103.

Gegen die rechtliche Möglichkeit eines solchen Willens spricht nun nicht der Gegenstand jener Disposition.

Denn weist zwar die Idee des Familienfideicommisses, wonach einem Gute durch Privatverfügung Stammgutseigenschaft gegeben werden soll, auf Liegenschaften als Fideicommiß-Objekte hin, so ist es doch ausgemachten Rechtens, daß, soweit die einschlagende Partikulargesetzgebung nicht entgegensteht, auch andere Vermögensstücke Familienfideikommißgut sein können, wenn sie nur wie Liegenschaften den Charakter der Beständigkeit und Fruchtbarkeit an sich tragen. Daß aber das in Frage stehende Bitterwasser-Geschäft Früchte trägt, ist außer Zweifel; die Dauerhaftigkeit dieses Objects aber um deswillen anzunehmen, weil es als ein auf die Dauer von 100 Jahren errichtetes Compagnie-Geschäft sich darstellt, welches überdies auf Grundstücken fundirt ist.

Wenn also der Gegenstand, welchem Familienfideicomiß-Eigenschaft gegeben werden sollte, der rechtlichen Möglichkeit der hierauf gerichteten Absicht der Stifter nicht entgegensteht, so läßt sich gegen die Existenz dieses Willens auch nicht die Thatsache anführen, daß durch den Act vom 3. Juni 1855 keine besondere Successionsordnung wie z. B. Primogenitur in das Fideicommißgut eingeführt worden ist; da eine solche besondere Successionsordnung zum Wesen des Familienfideicommisses nicht gehört.

In erheblicherem Maße dagegen dürfte beim ersten Anblicke gegen die Annahme, daß mittelst der Vereinbarung vom 3. Juni 1855 die Errichtung eines Familienfideicommisses beabsichtigt

gewesen, der Umstand sprechen, daß durch jenen Act weder weibliche Descendenten der 4 Contrahenten noch Contrahenten derselben durch Weiber von der Succession in die betreffenden Geschäftsantheile ausgeschlossen sind.

Allerdings ist nun die Regel die, daß in das Familienfideikommißgut nur Männer und Verwandte durch Männer successionsberechtigt sind, weil nur in diesen (der s. g. agnatischen Familie) die Familie sich äußerlich als eine Einheit darstellt, deren Erkenntnißzeichen der Familien-Namen bildet.

Lewis das Recht des Familienfideicommisses S. 341.

Allein es folgt hieraus nur, daß im Zweifel Weiber und Verwandte durch Weiber von der Succession in das Familienfideicommißgut als ausgeschlossen zu betrachten sind, — ein Satz, welcher übrigens in Ansehung der bürgerlichen Familienfideicommisse nicht unbestritten ist.

Siehe dagegen Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XII. S. 192 flg.

Ob. Trib. in Berlin b. Bossart Archiv Bd. X. Nr. 71.

Dagegen steht es außer Zweifel, daß der Begriff des Familienfideicommisses an sich nicht eine agnatische Erbfolge erfordert; daß ein solches Fideicommiß für die Familie im weiteren Sinne, d. h. den Inbegriff der Bluts-Verwandten errichtet werden kann. Daraus also, daß nach der Anordnung vom 3. Juni 1855 Weiber und Verwandte durch Weiber, welche von den 4 Contrahenten abstammten, von der Succession offenbar nicht ausgeschlossen sein sollten, kann kein Argument gegen die auf die Errichtung eines Familienfideicommisses gerichtete Absicht jenes Acts entnommen werden.

Geht man näher auf die Absicht ein, welche die 4 Erben des Dr. med. B. in der Vereinbarung vom 3. Juni 1855 kundgegeben, so sollte der denselben zugefallene Antheil an dem Fr. Bitterwasser-Geschäft, wie er wieder in 4 Theile zerfiel, in der Familie eines jeden der Contrahenten Fideicommißgut sein. „Es solle," sagt der betreffende Vertrag, — „der von dem Dr. med. B. hinterlassene Antheil an dem Fr. Bitterwasser-

Geschäft für alle Zeiten Eigenthum der oben gedachten 4 Erben resp. deren Familien, bleiben."

Sonach war in Wirklichkeit die Errichtung von vier Familienfideicommissen intendirt, obwohl dieselben, wie es die Natur ihrer Objecte, Antheile an dem nämlichen Compagnie-Geschäft, mit sich brachte, im Zusammenhange stehen sollten. Mit Rücksicht auf diesen Zusammenhang besagt der § 2 des Vertrags vom 3. Juni 1855, daß jeder der durch die 4 Erben gebildeten Stämme rücksichtlich aller das Bitterwasser-Geschäft betreffenden Angelegenheiten einen Bevollmächtigten aufzustellen und diesen den übrigen Interessenten anzuzeigen habe; daß jeder Stamm in Betracht aller Geschäftsangelegenheiten Eine Stimme haben und daß die Abstimmung mittelst einfacher Stimmenmehrheit erfolgen solle.

Wenn hiernach der Inhalt der Vereinbarung vom 3. Juni 1855 sich als Familien-Fideicommiß-Errichtung qualificirt, so entsteht im Weiteren die Frage, ob diese Errichtung ihrem Sinne nach als gültig zu erachten.

In dieser Hinsicht macht zunächst die Form der unter'm 3. Juni 1855 geschlossenen Vereinbarung kein Bedenken Denn wie es zweifellos ist, daß dieser Vertrag kein Erbvertrag ist, da er keinerlei directe Erbeseinsetzung enthält, so steht es nicht weniger fest, daß das Geschäft, durch welches ein Familienfideicommiß errichtet werden soll, nicht nothwendig in die Form einer letztwilligen Verfügung, — Testament, Codicill, Erbvertrag — eingekleidet zu sein braucht.

Gerber, Jahrbücher für Dogmatik I S. 89 flg.

Wie ein solches Fideicommiß durch eine einseitige Verfügung unter Lebenden errichtet werden kann, so ist namentlich auch die Möglichkeit einer solchen Gründung mittelst einer Vereinbarung unter mehreren Geschwistern anerkannt, welche aus den Gütern einer ihnen zugefallenen noch ungetheilten Erbschaft, sei es aus eigener Bewegung, sei es auf den Rath, Wunsch, die Anordnung des Erblassers ein oder mehrere Familienfideicommisse errichten.

Lewis a. a. O. S. 118.

— ein Fall, der gerade hier vorliegt.

Eine besondere äußere Form des Stiftungsactes aber, eine gerichtliche oder notarielle Abfassung ist nach gemeinem Rechte nicht erfordert. —

Ebensowenig ist aber zur Gültigkeit der Familiencommiß-Errichtung eine obrigkeitliche oder gar landesherrliche Genehmigung nöthig, wo nicht die einschlagende Partikulargesetzgebung etwas anderes angeordnet hat. Wenn aber auch einzelne sächsische Gesetze, wie z. B. das Weimarische Gesetz vom 22. April 1833, hier landesherrliche Genehmigung verlangen,

Heimbuch sächs. Privatrecht §§ 300 und 325, so besteht ein solches Gesetz weder am Orte der Errichtung der Stiftung, noch am Sitze des Compagnie-Geschäftes, welches zu gegebenen Antheilen Gegenstand des Fideicommisses sein sollte.

Endlich kann die Gültigkeit der in Frage stehenden Fideicommißerrichtung nicht aus dem Grunde unterlassener Veröffentlichung des Stiftungsactes beanstandet werden, weil eine solche Publikation nach gemeinem Rechte so wenig wie durch die hier einschlagende Partikulargesetzgebung erfordert ist.

Ist sonach in der Vereinbarung vom 3. Juni 1855 eine gültige Familienfideicommiß-Errichtung zu finden, so frägt es sich, ob durch oder in Folge derselben, die Quärentin, Frau Assessor B. von dem Antheile ihres verstorbenen Sohnes, deren einzige Intestaterbin sie geworden, an dem Fr. Bitterwasser-Geschäfte ausgeschlossen ist.

Daß sie nicht als Anwärterin, als Fideicommiß-Erbin in diesen Antheil succediren kann, steht außer Zweifel. Denn sind auch nach den vorstehenden Ausführungen Weiber von der Succession in das betreffende Familienfideicommiß nicht ausgeschlossen, so ist doch das Successionsrecht in dasselbe auf die Descendenten des ursprünglichen Fideicommißinhabers, also hier auf die Deszendenten des einen der 4 Miterben, des Kreisgerichts-Assessors B. beschränkt. Allein es ist der Stamm dieses Letzteren, nachdem dessen Sohn, der Lieutenant B., ihm succedirt und kinderlos verstorben, ausgegangen.

Es ist also die zur Succession in das Assessor B.'sche Fideicommiß berufene Familie erloschen, und das betreffende

Vermögen ein freies geworden, in welches, da der letzte Familienfideicommißinhaber darüber nicht anderweitig verfügt hat, die einzige Intestat- und Allodial-Erbin desselben, die Frau Assessor B. succedirt.

Freilich gilt dies nur unter der Voraussetzung, daß nicht ein wechselseitiges Successionsrecht zwischen den 4 Familien, deren Antheile am Fr. Bitterwasser-Geschäft Fideicommiß-Eigenschaft erhalten, begründet sein sollte; daß mit a. W. beim Aussterben einer dieser Familien nicht Angehörige der andern drei Familien zur Succession in das Fideicommißgut gerufen.

Allein es erscheint ein solches eventuelles Successionsrecht nicht als begründet.

Einmal läßt sich für ein solches kein Rechtssatz nachweisen, da hier vier verschiedene Familienfideicomisse in Frage stehen. Daß dieselben durch Ein und denselben Act, die Vereinbarung nämlich vom 3. Juni 1855, errichtet worden, ist an sich kein Rechtsgrund für ein wechselseitiges Successionsrecht der 4 Familien oder Stämme, beziehungsweise ihrer Mitglieder.

Das Nämliche gilt aber auch von dem Zusammenhange der vier Fideicommisse in ihrem Gegenstand, indem das Objekt eines jeden derselben ein Theil des Geschäftsantheils des verstorbenen Dr. med. B. am Fr. Bitterwasser-Geschäft ist, ein Zusammenhang, welcher sich nach Maßgabe des s. g. Statuts vom 3. Juni 1855 nur in einer gewissen Gemeinsamkeit der Verwaltung der sämmtlichen Fideicommisse äußerte.

Ein eventuelles Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der einen Familie zum Vortheile der drei andern, resp. ihrer Mitglieder, ist aber auch nicht durch die Stifter der Fideicommisse vereinbart worden.

Auf eine solche Absicht deutet der Act vom 3. Juni 1855 nirgends hin. Wenn insbesondere daselbst angeordnet ist, es solle der von dem Dr. B. hinterlassene Antheil an dem Fr. Bitterwasser Geschäft für alle Zeiten Eigenthum der vier Erben resp. deren Familien, bleiben, so sind eben vier Familien

unterschieden, in der Art, daß der auf jede einzelne Familie gefallene Theil des Antheils des Erblassers am Bitterwasser-Geschäft in dieser Familie erhalten werden solle. So werden denn auch weiter vier durch die ursprünglichen Erben gebildete Stämme unterschieden, von denen jeder in Ansehung der Verwaltung des Bitterwassergeschäfts Eine Stimme haben und sich durch Einen Bevollmächtigten vertreten lassen soll.

Es ist hier also nirgends gesagt oder auch nur angedeutet, daß im Falle des Aussterbens eines der vier Stämme der auf denselben gefallene Geschäftsantheil an die andern Stämme und beziehungsweise an Descendenten der anderen drei Erben des Dr. med. B. zu gelangen habe.

Hiergegen läßt sich nicht geltend machen, daß durch § 1 des Acts vom 3. Juni 1855 den vier letztgedachten Erben und deren Erben untersagt worden, über ihren Antheil unter Lebenden oder von Todeswegen zu Gunsten Dritter, d. h. solcher Personen zu verfügen, die nicht in gerader Linie von einem der vier Contrahenten abstammten. Denn wollte man auch die hier gemachte Ausnahme von dem aufgestellten Veräußerungsverbote nicht allein in dem Sinne verstehen, daß innerhalb des betreffenden Stammes Dispositionen über den bezüglichen Antheil am Bitterwasser-Geschäfte nur zu Gunsten von Descendenten in diesem Stamme statthaft sein sollten, — sollte vielmehr jene Ausnahme dahin ausgelegt werden, daß über den Antheil eines Stammes auch zu Gunsten von Erben eines der drei anderen Stämme verfügt werden könne, so würde hiermit noch kein Successionsrecht anerkannt sein, welches ohne letztwillige Disposition des Fideicommißinhabers beim Erlöschen des einen der vier Stämme ohne weiteres zu Gunsten der Erben der übrigen Stämme Platz zu greifen hätte.

Wir sind von der Annahme ausgegangen, daß der Act vom 3. Juni 1855 die gültige Errichtung von vier Familienfideicommissen enthält, von denen Jedes den auf jeden der vier Contrahenten gefallenen Antheil am Fr. Bitterwasser-Geschäfte zum Gegenstande hat. Verhält sich dies so, so ist in Ansehung des Assessor B'schen Fideicommisses die Fideicommißberechtigte

Familie dadurch erloschen, daß Lieutenant B. ohne Nachkommenschaft verstorben ist. Da aber ein Successionsrecht zu Gunsten von Mitgliedern der drei andern am betreffenden Bitterwasser-Geschäfte antheilsberechtigten Familien nicht begründet, andererseits Lieutenant B. als letzter Fideicommiß-Inhaber über das freigewordene Gut nicht anderweitig disponirt hat, so ist dessen Mutter, Frau Assessor B. als einzige Intestaterbin ihres Sohnes auch zur Succession in den Antheil desselben am Fr. Bitterwasser-Geschäfte berechtigt.

Zu dem nämlichen Ergebnisse müßte man aber auch gelangen, wenn man in der Vereinbarung vom 3. Juni 1855 wegen des Gegenstandes, Inhalts oder der Form der Disposition keine gültige Familienfideicommiß-Errichtung finden sollte. Denn auch unter einer solchen Voraussetzung würde es an jedem Rechtsgrunde zur Ausschließung der Frau Quärentin von der Succession in den Antheil ihres verstorbenen Sohnes am Fr. Bitterwasser-Geschäfte fehlen. Im Testament nämlich des Dr. med. B. ist eine solche Ausschließung, wie schon früher gezeigt worden, nicht zu finden; durch eine Vereinbarung der vier Testamentserben desselben unter sich konnte aber eine derartige, Exclusion in anderer Weise, wie durch Familienfideicommiß-Errichtung nicht geschehen.

Aus diesen Gründen stehen wir nicht an, in Ansehung der an uns gerichteten ersten Frage unser rechtliches Erachten dahin abzugeben, daß **Frau Assessor B. als einzige Intestaterbin ihres verstorbenen Sohnes, des Lieutenants B., einen wohlbegründeten Anspruch auf Succession in den Antheil dieses letzteren am Fr. Bitterwasser-Geschäfte hat.**

Hiermit erledigt sich die eventuell gestellte Frage, ob Frau Assessor B. statt des Prozesses die offerirte Vergleichssumme von zehn Tausend Gulden annehmen solle, von selbst.

Familien-Fideicommiß.

I. Zum Wesen des Familienfideicommisses gehört es keineswegs, daß dasselbe die Erhaltung des Namens und Glanzes des Geschlechts des Stifters verfolge, oder daß es mit a. W. auf die agnatische Familie beschränkt sei.

Vielmehr sind Familienfideicommisse möglich, welche das Wohlergehen der cognatischen Familie und die Erhaltung der Continuität des Familienbewußtseins innerhalb der Deszendenz des Stifters, ohne Rücksicht auf den Namen, welche diese Nachkommen führen, bezwecken.

II. Wenn auch für Stiftungen der Art bei adeligen Geschlechtern die Präsumtion gelten mag, daß sie für die agnatische Familie errichtet sind, d. h. für die durch Männer verwandten und durch einen Geschlechtsnamen verwandten männlichen Blutsfreunde, so ist selbst bei Adelsgeschlechtern die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß nach dem Willen des Stifters der Fideicommißverband lediglich zu Gunsten der Blutsverwandtschaft begründet ist.

III. Das Wesen der Succesio ex pacto et providentia Majorum bringt es mit sich, daß jeder Anwärter oder mit a. W. jeder, der nach der Anordnung des oder der Fideicommißstifter in das Fideicommiß succediren soll, ein festes Recht auf das Fideicommißgut hat, sobald er nach Maaßgabe der Erbfolgeordnung dazu berufen ist. Er erwirbt alsdann das Gut ipso jure und kann demnach bei Eintreten des Successionsfalls das Fideicommißgut an sich ziehen, gleichgültig in wessen Innehabung es sich findet.

IV. Solange also ein früher begründeter Fideicommißverband noch besteht, kann das durch denselben ergriffene Vermögen weder ganz noch theilweise zum Nachtheile der Anwärter aus jener Stiftung in einen anderen fideicommissarischen Nexus gebracht werden.

V. Ein späterer Inhaber des Fideicommisses vermag daher den durch den Stifter dazu berufenen Erbfolgern ihr Erbrecht weder zu entziehen, noch zu schmälern, oder zu beschränken, beziehungsweise an früher nicht vorgesehene Bedingungen zu knüpfen.

VI. Wenn auch die Rechtsbeständigkeit der späteren Anordnungen eines Fideicommiß-Inhabers, welche die ursprünglich von dem Fideicommißstifter getroffenen Bestimmungen abändern, von einzelnen Anwärtern nicht beanstandet worden ist, so erscheint dies ohne alle rechtliche Wirkung gegenüber einem späteren aus dem ursprünglichen Fideicommißstatut berufenen Successionsberechtigten.

VII. Durch die Ablegung des mit dem Fideicommißstifter gemeinsamen Namens und Wappens und Annahme des Namens und Wappens eines ausgestorbenen Geschlechts Seitens eines Fideicommißanwärters hört derselbe zwar auf, Agnat des Fideicommißstifters im strengen Sinne des Wortes zu sein. Dagegen werden hierdurch die durch eheliche Geburt begründeten Verwandtschaftsbande in rechtlicher Beziehung nicht gelöst. Der Fideicommißanwärter bleibt thatsächlich und rechtlich Mitglied der Familie des Fideicommißstifters und behält die ihm aus der Fideicommißstiftung für die betreffende Familie, d. h. Blutsfreundschaft erwachsenen Anwärterrechte.

VIII. Wenn in der Fideicommißstiftung die Anordnung getroffen ist, „daß unsere Nachkommenschaft und Vettern, welche zu dem Genusse der gestifteten Fideicommisse gelangen wollen, immer solche Personen heirathen sollen, welche in wirklichem adeligen Stande stehen, widrigenfalls sie und ihre Nachkommenschaft von dem Fideicommiß gänzlich ausgeschlossen sein sollen“, so ist unter dem Ausdruck: „in wirklichem adeligen Stande stehen“ nicht das Erforderniß adeliger Geburt verstanden: der Ausdruck bedeutet vielmehr nichts anderes, als gegen=

wärtig, dermalen, d. h. zur Zeit der Verheirathung von Adel sein.

IX. Dem Fideicommißanwärter, welcher den Namen und das Wappen des Fideicommißstifters abgelegt und den Namen und das Wappen eines anderen Geschlechts auf Grund eines landesherrlichen Gnaden-Acts angelegt hat, steht das Recht zu, unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen jenen Verzicht nachzusuchen. Denn eine solche Wiedereinsetzung findet nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen, sondern gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung statt; sie kann deshalb auch gegen das Aufgeben eines Geschlechtsnamens geschehen.

X. Diese Wiedereinsetzung bewirkt, da sie einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzieht, daß es so angesehen wird, als ob der Fideicommißanwärter den mit dem Fideicommiß-Stifter gemeinsamen Namen ununterbrochen geführt hätte.

XI. Die zur in integrum restitutio erforderliche Voraussetzung einer Läsion wird schon durch den Verlust des Anwärterrechts begründet, da der Nachtheil, gegen welchen wiedereingesetzt wird, nicht nothwendig ein Vermögensnachtheil zu sein braucht. Ueberdieß liegt aber eine Läsion auch darin, daß dem betreffenden Fideicommißnachfolger das Fideicommißgut bei Eröffnung der fideicommissarischen Erbfolge entging, weil auch ein entbehrter Gewinn ein Vermögensnachtheil ist, gegen welchen Wiedereinsetzung begehrt werden kann, und bei Beurtheilung der Läsion der spätere Erfolg, den die zu rescindirende Handlung gehabt hat, in Betracht zu ziehen ist.

XII. Eine auf die Fideicommiß-Erbfolge bezügliche neue Anordnung, welche getroffen wurde, nachdem das Fideicommiß errichtet, und bereits ins Leben getreten war, und die auch nicht von sämmtlichen Mitstiftern ausge-

gangen ist, vermag in keinem Falle einem Anwärter, der in dieselbe nicht einwilligte, entgegengesetzt zu werden.

Rechtsgutachten

in Sachen des Freiherrn H. von B., die Erbfolge in das von M.'sche den bei Fr. gelegenen K.=Hof umfassende Familienfideicommiß betreffend.

§ 1.

Die thatsächlichen Verhältnisse.

Durch gemeinschaftliches Testament vom 4. Oktober 1752 theilten Herr Fr. M. Freiherr von M. und seine Gemahlin Frau Maria, geb. von R., ihre künftige Hinterlassenschaft unter ihre drei Kinder, Johann Maximilian, Justinian, Susanna Maria Nachkommenschaft ihrer vorverstorbenen ältesten Tochter Anna und die Sibilla, verheiratheten von St. Bei dieser elterlichen Theilung erklärten die beiden Testatoren die in ihrer letzten Willensverordnung näher bezeichneten Hauptstücke ihres Vermögens für ein beständiges Fideicommiß, indem sie für die vier Linien ihrer Nachkommenschaft eben so viele Fideicommisse errichteten.

Gleichzeitig beurkundeten mit eigener Handunterschrift und Petschaft die beiden Söhne der Stifter, Johann Maximilian und Justinian, ferner die Tochter Susanna Maria, unter Einwilligung ihres Ehemannes, Johann Christoph von A., sowie endlich für die Kinder der verstorbenen Tochter Anna Sibilla der Ehemann dieser letzteren Ph. J. von St. für sich, ihre Kinder und Erbnehmer, daß sie die vorstehende elterliche Verordnung als sämmtlicher Familie und Nachkommenschaft nützlich erkannten,. dieselbe in allen Stücken genehmigten nnd unverbrüchlich als unabänderlichen Familienvertrag befolgen wollten.

Das für den ältesten Sohn der Stifter, den Freiherrn Johann Maximilian von M. bestimmte Fideicommiß, welches hier allein in Frage steht, umfaßte der Hauptsache nach den bei F. belegenen sogen. K.=Hof nebst Vieh, Schiff, Geschirr und anderen Mobilien.

Der erste Besitzer dieses Fideicommisses, Johann Maximilian, hinterließ bei seinem im Jahre 1784 erfolgten Tode drei Söhne, nämlich den Fideicommißerben Ph. Max. und dann Friedrich Justinian und Hector Wilhelm.

Nachdem nun Friedrich Justinian im Jahre 1785 mit Tod abgegangen, vereinigten Philipp Maximilian und Hector Wilhelm in ihren Händen das sämmtliche Lehn-Fideicommiß und Allodial-Vermögen ihrer verstorbenen Eltern und ihres seligen Bruders. Dieser Umstand sowie die fernere Thatsache, daß sich das von M.'sche Fideicommiß-Vermögen durch die Subrogation von Aequivalenten an Stelle solcher Güter, die aus dem Fideicommiß-Nexus befreit worden waren, in seinem Bestande verändert hatte, veranlaßten die beiden Brüder zur Abfassung eines neuen Familienvertrags, welcher am 24. März 1786 zu Stande kam.

Durch diesen Vertrag wurden zwei Fideicommisse errichtet; das eine für den älteren Bruder Philipp Maximilian und dessen Nachkommenschaft, das andere für den jüngeren Bruder Hector Wilhelm und dessen Descendenz.

Das erstgenannte Fideicommiß umfaßte wieder den K.-Hof bei F. nebst Zubehörden, also den Hauptgegenstand des einen der bereits im Jahre 1752 errichteten Fideicommisse, nebstdem aber noch andere Vermögensstücke, wie den Ort H. an der N. mit allen dazu gehörigen Gütern, das Rittergut zu R. mit allen Zubehörden, einer Bibliothek, Gemälde-Sammlung u. s. w.

In dieses Familienfideicommiß, welches als das I. M.'sche bezeichnet wird, und das um deßwillen hier in Betracht kommt, weil es auch mit den K.-Hof ergreifen sollte, succedirte nach dem im Jahre 1814 erfolgten Ableben des Philipp Maximilian dessen Sohn Dietrich Maximilian Eduard.

Nachdem letzterer am 11. April 1876 kinderlos verstorben, fiel nach Maßgabe des Familienvertrags vom 27. März 1786 das I. von M.'sche Familienfideicommiß an die Nachkommenschaft des bereits im Jahre 1786 mit Tod abgegangenen Mitstifters, Hector Wilhelm.

In dieser Linie wird das Fideicommiß-Vermögen, und vor Allem der den wichtigsten Bestandtheil bildende K.-Hof von zweifacher Seite angesprochen. Einmal nämlich von Herrn Carl Wilhelm Hector von M., dem einzigen noch lebenden Enkel des genannten Mitstifters; alsdann von Hector Carl Eduard von B., Urenkel des Mitstifters und Sohn eines im Jahre 1867 vorverstorbenen älteren Bruders des Herrn Carl Wilhelm Hector, Freiherr von B., am 25. Juli 1856 geboren, war zur Zeit der Eröffnung des I. M.'schen Fideicommisses minderjährig, und stand unter der Vormundschaft seines Onkels Carl Wilhelm Hector. Von Geburt ein von M., hatte derselbe, um in ein freiherrlich von B.'sches Fideicommiß erben zu können, den Namen eines Freiherrn von B. mitangenommen.

Während nun feststeht, daß Freiherr von B. an sich nach Maßgabe der im Jahre 1752 getroffenen Anordnungen in erster Linie zum Fideicommisse berufen ist, dessen Hauptgegenstand der K.-Hof bildet, während er ferner dem Familienvertrage vom Jahre 1786 gemäß der nächste Fideicommiß-Erbe zum I. von M.'schen Fideicommisse ist, welches mit den besagten K.-Hof ergreift, wird Seitens des Freiherrn Carl Wilhelm Hector dessen Anwärterrecht um der erwähnten Namensänderung willen bestritten. Auch nimmt Letzterer auf Grund eines im Jahre 1789 zum Familienvertrage von 1786 ergangenen Nachtrags jedenfalls den Vorgang in der Fideicommißerbfolge um deßwillen in Anspruch, weil Freiherr von B. aus einer Ehe mit einer nicht adelig geborenen Mutter entsprossen ist.

In diesem Sinne hat sich denn auch gegen das Successionsrecht des Freiherrn von B. und für das Recht des Freiherrn C. W. H. von M. ein Rechtsgutachten des Geheimen Justizraths Dr. Wasserschleben in Gießen ausgesprochen. Derselbe hat ferner in einem zweiten in der Form eines Briefs abgegebenen rechtlichen Erachten die Rechtsanschauungen zu widerlegen versucht, welche für den Freiherrn von B. in einer durch Vormund und Pfleger desselben im Jahre 1876 an das Vormundschaftsgericht in F. gerichteten Eingabe geltend gemacht worden sind.

Indessen haben sich die Freiherren Carl Wilhelm H. a. M. und Frhr. von B., mit Rücksicht auf ihre innigen persönlichen Beziehungen und um im Sinne und Geiste ihrer Vorfahren, sowie im Interesse der Würde und des Ansehens der Familie einen Rechtsstreit zu vermeiden, durch einen in F. unterm 30. Dezember 1876 abgeschlossenen Vergleich in Güte auseinandergesetzt. Der Vergleich ist unter prinzipieller Wahrung der Rechte des damals noch unter Vormundschaft stehenden Freiherrn von B. auf die Lebensdauer der beiden Familien abgeschlossen worden.

Dessenungeachtet wünscht Freiherr von B. eine rechtliche Aeußerung über die Frage, ob und inwiefern die gegen sein Successionsrecht geltend gemachten, durch die Autorität des Herrn Geh. Justizraths Dr. Wasserschleben unterstützten Gründe als durchschlagend erscheinen, beziehungsweise insbesondere darüber, ob er nicht als der nächstberechtigte Fideicommißerbe in den K.-Hof, welcher den Gegenstand einer successiven zweifachen fideicommissarischen Anordnung bildet, zu betrachten ist.

In diesem Sinne sind wir im Namen und Auftrage des Freiherrn von B. um die Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens angegangen worden.

§ 2.

Die bei Beurtheilung der vorliegenden Rechtssache in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte.

Bei der rechtlichen Beurtheilung der vorliegenden Rechtssache ist davon auszugehen, daß es sich nach den uns gemachten Mittheilungen hier wesentlich um das fideicommissarische Erbrecht des Freiherrn von B. in den bei F. gelegenen K.-Hof handelt, daß aber dieser Hof zweimal Gegenstand von M.'scher Familienfideicommiß-Anordnungen gewesen ist, nämlich in den Jahren 1752 und 1786.

Dabei steht es fest, daß Freiherr von B. den im Jahre 1752 getroffenen Verfügungen zufolge in erster Linie zur Succession in das Fideicommiß berufen ist, dessen Hauptgegenstand der K.-Hof bildet und daß er nicht weniger nach Maßgabe des Familien-

vertrags vom Jahre 1786 der nächstgerufene Erbfolger in das I. von M.'sche Fideicommiß ist, welches nebst anderen Vermögensstücken den K.-Hof ergreifen sollte. Doch gilt dies alles nur unter der Voraussetzung, daß die Einwendungen, welche Seitens des Freiherrn Carl Wilhelm H. von M. gegen das Successionsrecht seines früheren Mündels geltend gemacht werden, als unbegründet sich darstellen. Diese Bemängelungen betreffen, wie früher bereits bemerkt worden, einmal das Anwärterrecht des Freiherrn von B., welches derselbe durch Aufgeben des M.'schen Namens eingebüßt haben soll, und dann dessen Zurücksetzung in der Erbfolgeordnung in Folge der Abstammung von einer unadelig geborenen Mutter.

Durch diese Sachlage ist der Gang der nachfolgenden Erörterungen vorgezeichnet.

Es handelt sich einmal darum, den Sinn und Geist der im Jahre 1752 getroffenen, auf den K.-Hof nebst Zubehörungen bezüglichen fideicommissarischen Anordnungen festzustellen.

Es ist ferner der Character des im Jahre 1786 errichteten I. M.'schen Fideicommisses zu bestimmen.

Alsdann wird zu untersuchen sein, ob die Succession in den K.-Hof nebst Zubehörungen nach den Verfügungen des Jahres 1752, oder nach dem Familienvertrage von 1786 zu beurtheilen ist.

Nach Feststellung der maßgebenden Norm werden hiernächst auf dieser Grundlage das Erbfolgerecht des Freiherrn von B. und die dagegen erhobenen Bemängelungen geprüft werden, — eine Prüfung, welche endlich, eventuell auf Grund der nicht für einschlagend erachteten Anordnungen Statt haben soll.

§ 3.

Der Sinn und Geist der im Jahre 1752 getroffenen, auf den K.-Hof bezüglichen fideicommissarischen Anordnungen.

Wie bereits zu § 1 erwähnt wurde, errichteten unterm 4. Oktober 1752 der Freiherr Friedrich Maximilian von M.

und seine Ehefrau Susanna Maria geb. von R. durch gemeinschaftliches Testament und daran sich anschließenden Familienvertrag vier Fideicommisse für die vier Linien, in welche ihre Nachkommenschaft zerfiel.

Neben diesen vier Stiftungen hatten die Testatoren angeordnet, daß die ihnen gehörigen Antheile an gewissen ganerbschaftlichen Liegenschaften in dem Sinne mit einem Fideicommisse beschlagen sein sollten, daß die daraus fließenden Einkünfte alljährlich unter die vier Stämme vertheilt würden.

Als Zweck sämmtlicher Anordnungen wurde im Eingange des gemeinschaftlichen Testaments und Familienvertrags die „Aufrechterhaltung unserer Nachkommenschaft und der M.'schen Familie" bezeichnet, und hinsichtlich der Errichtung der einzelnen Fideicommisse für die vier Stämme, in welche die Nachkommenschaft der Stifter zerfiel, als Endzweck hervorgehoben, „wie nämlich das beständige Wohl und Aufnehmen unserer Nachkommenschaft dadurch erhalten werden möge." (§ 4 des Familienvertrags.) Weiter bemerkten die Stifter in dem nämlichen Acte vom 4. October 1752 (§ 7), daß sie, „weil eine der Hauptabsichten bei Errichtung dieser Stiftung schon gedachtermaßen die Aufrechterhaltung unserer Nachkommenschaft u. der M.'schen Familie sei, eine Familienkiste angeordnet hätten, in welche die Besitzer der Fideicommisse gegebene Beiträge einwerfen sollten, damit aus den Interessen der so angesammelten Capitalien unserer Nachkommenschaft, ohne dabei auf Linie oder Familie zu sehen, nach Maßgabe der Nothwendigkeit an die Hand gegangen werde. Nachdem endlich Freiherr Friedrich M. von M. und seine Ehefrau geborene von R. „in dem Falle unsere ganze männliche und weibliche Nachkommenschaft erlöschen sollte," in die von ihnen errichteten Fideicommisse die sämmtlichen Stammvettern von Rudolph von M. substituirt hatten, erkannten die Mitunterzeichneten des Familienvertrags die elterliche Verordnung als sämmtlicher Familie und Nachkommenschaft nützlich an.

Was die einzelnen für die vier Linien, in welche die Nachkommenschaft der Stifter zerfiel, gegründeten Fideicommisse anbetrifft, so wurde das erste, dessen Hauptgegenstand der K.-Hof bildete, für den ältesten Sohn der Stifter, J. Max. von M. und dessen eheleibliche Nachkommenschaft gegründet; das zweite für die drei Kinder der verstorbenen ältesten Tochter Anna Sibilla, verheiratheten von St. und deren eheleibliche Erben; das dritte für den jüngsten Sohn Maximilian und dessen eheleibliche Nachkommenschaft; das vierte für die jüngste Tochter Susanna Maria, verheirathete von A. und deren eheleibliche Nachkommenschaft.

Für die vier Fideicommisse wurde gleichmäßig angeordnet, daß in jedem Stamme der älteste Sohn männlicher Linie nach dem Lineal-Primogenitur-Rechte succediren, in Ermangelung männlicher Nachkommenschaft in einem Stamme aber die älteste Tochter des jedesmaligen Besitzers und deren ältester Sohn, oder, in Ermangelung dessen, deren älteste Tochter folgen solle, und, wo der letzte Besitzer gar keine Kinder hätte, die älteste Tochter in der erstgeborenen Linie dieses Stammes u. s. w. — Bei gänzlichem Ausgehen einer Linie der Kinder der Stifter sollte das betreffende Fideicommißvermögen auf den ältesten Stamm der übrigen Kinder fallen, und in Ermangelung dieser auf den nachfolgenden Stamm u. s. w.

Es ergiebt sich aus dieser Zusammenstellung, daß durch das gemeinschaftliche Testament vom Jahre 1752 und den daran sich anschließenden Familienvertrag eine Mehrzahl mit einander zusammenhängender fideicommissa perpetua familiae, wie sie das deutsche Recht gestattet, errichtet worden und auch beim Tode der Stifter ins Leben traten.

Insbesondere handelt es sich um vier Fideicommisse für die vier Linien, in welche die Nachkommenschaft des Freiherrn Friedrich Maximilian von M. und seiner Ehefrau geborene von R. zerfiel.

Der Zusammenhang der vier Fideicommisse äußerte sich einmal darin, daß beim Ausgehen des einen Stammes das betreffende Fideicommißvermögen an die nächstfolgenden Stämme

gelangen sollte; — womit die Möglichkeit gegeben war, daß sämmtliche Fideicommisse — in Einer Person zusammenfielen (Familienvertr. § 5 a. E.)

Auch hatten ferner unter gewissen Voraussetzungen die Besitzer der Fideicommisse gegebene Summen in die gemeinsame Familienkiste einzuwerfen.

Endlich sollten beim Aussterben der sämmtlichen männlichen und weiblichen Nachkommenschaft der Stifter die Fideicommisse an die von Rudolph von M. abstammenden Vettern des Freiherrn Friedrich Maximilian fallen.

Diese verschiedenen fideicommissarischen Anordnungen verfolgten nicht den Zweck einer Hebung und Aufrechterhaltung des Glanzes der Familie von M., sondern bezweckten nur die Erhaltung des Wohlstandes der ehelichen Nachkommenschaft der beiden Stifter.

Dies ergiebt sich einmal aus den oben angezogenen wiederholten Erklärungen der Stifter in der Stiftungsurkunde, daß ihr Hauptzweck bei den getroffenen letztwilligen Dispositionen die Aufrechthaltung ihrer Nachkommenschaft sei, sowie aus der Anerkennung der Mitunterzeichner der Urkunde vom 4. Oktober 1752, welche nicht alle den Namen von M. tragen, daß die elterliche Verordnung sämmtlicher Familie und Nachkommenschaft nützlich sei.

Daß aber bei dieser Verordnung nicht die Erhöhung des Glanzes des von M.'schen Geschlechts beabsichtigt war, folgt ferner aus der gleichzeitigen Errichtung der vier gleich gestalteten Fideicommisse für die vier Linien der Nachkommenschaft der Stifter in der Art, daß eines derselben an die Familie von St., das andere an die Familie von A. gelangen sollte. Da die sämmtlichen zu 1 weiter getroffenen fideicommissarischen Anordnungen, wie aus der wiederholten Erklärung der Stifter und aus dem Inhalte der einzelnen Dispositionen sich ergiebt, einen und denselben Zweck hatten, so beweist die Errichtung der beiden letztgenannten Fideicommisse zur Evidenz, daß es sich in dem Testamente und Familienvertrage von 1752 nur um die Sicherung des Wohles der gesammten ehelichen Nachkommen-

schaft des Freiherrn Friedrich M. von M. und seiner Gemahlin, geb. von R. handelte. Die Vortheile aus den verschiedenen fideicommissarischen Anordnungen sollten mit a. W. von der Führung des von M.'schen Geschlechtsnamens unabhängig sein. Nicht dem agnatischen Geschlechte der Freiherren von M., sondern der ehelichen Descendenz der Stifter, der von M.'schen Familie im weiteren, natürlichem Sinne sollten die gegebenen Güter in alle Zukunft gesichert sein; — die Erinnerung der wechselnden Generationen an ihren auf jener Descendenz beruhenden historischen Zusammenhang sollte nicht durch das gemeinsame Führen des von M.'schen Namens, sondern durch den Genuß von M.'scher Güter aufrecht erhalten werden.

Daß dies die Absicht der Stifter war, beweist aber weiter der Umstand, daß die für die vier Linien ihrer Descendenz gegründeten Fideicommisse für die eheleibliche Nachkommenschaft in jedem Stamme errichtet wurden.

Sollten zwar in der einzelnen Linie zunächst nur Männer nach Lineal-Primogenitur-Recht succediren, so war dies nicht blos für die Fideicommisse angeordnet, welche an die Söhne des Freiherrn Friedrich Maximilian von M. fallen sollten, sondern auch für diejenigen, die den Töchtern desselben und deren Descendenz, denen von St. und von A. bestimmt waren. Wie demnach aus dieser Einführung der Primogenitur-Erbfolge im Mannesstamme nicht auf die Absicht der Stifter, für den Glanz des von M.'schen Namens zu sorgen geschlossen werden darf, so ist ein solcher Schluß um so weniger statthaft, als in Ermangelung männlicher Nachkommenschaft in einer Linie Weiber und Verwandte durch Weiber in das betreffende Fideicommiß-Vermögen succediren sollten. Hiernach waren auch in die für die beiden Söhne der Stifter gegründeten Fideicommisse eventuell Personen zur Erbfolge berufen, welche den von M.'schen Namen nicht führten, ohne daß die Annahme dieses Namens zur Bedingung gemacht worden wäre. Ja es sollte beim Ausgehen der ältesten Linie, d. h. derjenigen des Freiherrn Johann Maximilian von M., des ältesten Sohnes der Stifter, in der männlichen und weiblichen Descendenz das betreffende Fidei-

commißvermögen an die Linie der vorverstorbenen Tochter, verehelichten von St. fallen.

Wie wenig es sich aber bei den verschiedenen durch das gemeinschaftliche Testament und den Familienvertrag von 1752 getroffenen Verfügungen um die Erhaltung des Glanzes des von M.'schen Namens handelte, ergiebt sich endlich daraus, daß die Unterstützungen aus der mit den Fideicommissen in Verbindung stehenden Familienkiste der Nachkommenschaft der Stifter, ohne dabei auf Linie oder Familie zu sehen, verabreicht werden sollten.

Zum Wesen des Familienfideicommisses gehört es nun keineswegs, daß dasselbe die Erhaltung des Namens und Glanzes des Geschlechts verfolge, oder daß es mit a. W. auf die agnatische Familie beschränkt sei.

Gerber, Jahrbücher f. Dogmatik, Bd. I. S. 58 flgd.

Vielmehr sind Familienfideicommisse möglich, welche das Wohlergehen der cognatischen Familie und die Erhaltung der Continuität des Familienbewußtseins innerhalb der Descendenz des Stifters, ohne Rücksicht auf den Namen, welche diese Nachkommen führen, bezwecken. Der Art sind zweifellos die durch die Urkunde vom 4. Oktober 1752 errichteten Fideicommisse. Mag auch für Stiftungen der Art bei adligen Geschlechtern die Präsumtion gelten, daß sie für die agnatische Familie errichet sind, d. h. für die durch Männer verwandten und durch Einen Geschlechtsnamen verbundenen männlichen Blutsfreunde,

Gerber, deutsch. Privatrecht, 13. Aufl., § 274 Note 1.

mag sogar diese Vermuthung für Familienfideicommisse überhaupt aufgestellt werden,

Lewis, das Recht des Familienfideicommisses, S. 339. a. E.

so ist selbst bei Adelsgeschlechtern die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß nach dem Willen des Stifters der Fideicommiß-Verband lediglich zu Gunsten der Blutsverwandschaft begründet ist.

Lewis, a. a. O. S. 348, 349.

Auf einen solchen Willen des Freiherrn Friedrich Maximilian von M. und seiner Ehefrau geb. von R. weisen aber

mit aller Entschiedenheit die von denselben nach der obigen Zusammenstellung in der Stiftungsurkunde abgegebenen Erklärungen und getroffenen Verfügungen hin. Auch darf nicht unerwähnt bleiben, daß bei den verschiedenen hier gleichzeitig getroffenen fideicommissarischen Anordnungen, selbst denjenigen, durch welche Fideicommisse für die beiden Söhne errichtet wurden, nirgends von Agnaten die Rede, nirgends ferner die Führung des von M.'schen Namens und Wappens als Bedingung der Succession in die betreffenden Fideicommisse oder des Genusses derselben aufgestellt ist.

Das vorstehend Angeführte gilt selbstverständlich insbesondere auch von dem Fideicommiß, welches zu Gunsten des erstgeborenen Sohnes der Stifter, des Freiherrn Johann Maximilian von M. und seiner eheleiblichen Nachkommenschaft gegründet wurde und das als wesentlichsten Bestandtheil den K.-Hof zum Gegenstande hat. Auch hier ist das Erbfolgerecht (jus succedendi in abstracto) durch die Führung des von M.'schen Namens und Wappens nicht bedingt, während die im zweiten Wasserschleben'schen Gutachten für die entgegengesetzte Meinung geltend gemachten Gründe späterer Erörterung vorbehalten bleiben. (Vgl. § 6.)

§ 4.

Der Character des im Jahre 1786 errichteten I. von M.'schen Fideicommisses.

Die Fideicommiß-Errichtung vom Jahre 1786 geschah in der Form eines Familienvertrags, welcher zwischen den Freiherren Philipp Maximilian und Hector Wilhelm von M. abgeschlossen wurde, d. h. zwischen den beiden allein noch lebenden Söhnen des Freiherrn Johann Maximilian, oder mit a. W. des ersten Besitzers desjenigen unter den vier Fideicommissen, welches Freiherr Friederich Maximilian von M. und seine Ehefrau geb. von R. zu Gunsten ihres erstgeborenen Sohnes und dessen Nachkommenschaft gegründet hatten.

Philipp Maximilian und Hector Wilhelm, welche die alleinigen Lehen-Fideicommiß- und Allodial-Erben ihrer mit Tode abgegangenen Eltern und ihres verstorbenen Bruders Friedrich Justinian waren, errichteten durch jenen unterm 27. März 1786 in K. aufgenommenen Vertrag zwei Familienfideicommisse. Das eine, das sogen. I. von M.'sche, welches, wie bereits zu § 1 bemerkt wurde, nebst mehreren andern Gütern auch den großen K.-Hof zum Gegenstand hatte, war für den älteren Bruder Philipp Maximilian und dessen Familie bestimmt; das andere für den jüngeren Bruder Hector Wilhelm.

Diese zweifache Stiftung geschah, wie im Eingange des Vertrags vom Jahre 1786 bemerkt wird, in Ausführung und Erläuterung der Absichten, welche die beiden Eltern der Paciscenten, nämlich Freiherr Johann Maximilian von M. und dessen Ehefrau Susanna Maria von St. in einem testamentum reciprocum vom Jahre 1757 nebst Codicille kundgegeben hatten, sowie ferner zur Erläuterung und theilweisen Abänderung eines Familienvertrags vom Jahre 1778. Doch erklärten die Paciscenten in eben jenem Eingange des Vertrags vom Jahre 1786: „Wir verordnen und wollen, daß gegenwärtiger unter uns errichteter Vertrag die einzige Richtschnur unserer fideicommissarischen Erbfolge und Einrichtung sein solle, heben alle vorhergegangenen Verordnungen hiermit ausdrücklich und namentlich auf," indem sie ferner beifügten: „Wir wollen auch, daß der im Archiv zu H. hinterlegte obgedachte Familienvertrag vom Jahre 1778 zusammt dem testamento reciproco unserer beiden Eltern, zu ewigen Zeiten als hierdurch gänzlich überflüssig gemacht, verschlossen dorten liegen bleiben solle, und haben die davon besessenen Abschriften gegen einander ausgewechselt und cassirt."

In Folge hiervon sind denn diese Willensverordnungen aus den Jahren 1757 und 1778 der Benutzung für die Auslegung des in Frage stehenden Familienvertrags vom Jahre 1786 entzogen.

Die Fassung der letztgenannten Vereinbarung und die einzelnen darin getroffenen Dispositionen weisen aber darauf hin, daß hier die Stifter bei ihren fideicommissarischen Anordnungen von einer Absicht geleitet wurden, die anders wie diejenige geartet war, welcher die Fideicommiß-Stiftungen im Testamente und Familienvertrage von 1752 ihre Entstehung verdankten.

Wie in letzterem Familienacte die Stifter als Zweck der von ihnen getroffenen Anordnungen wiederholt die Aufrechterhaltung ihrer Nachkommenschaft hervorheben, wird in dem Vertrage vom Jahre 1786 von der Erhaltung und Blüthe der männlichen Nachkommenschaft der Eltern der Paciscenten gesprochen (vergl. § 13) und als die Hauptabsicht der Gründer der beiden Fideicommisse bezeichnet „den ferneren Flor unseres seit vielen Jahrhunderten blühenden Geschlechts zu erhalten.“ (§ 22.)

Wie ferner durch die im Jahre 1752 getroffenen Verfügungen Fideicommisse für die vier Linien errichtet wurden, in welche die Nachkommenschaft der Stifter zerfiel, zwei also für verheirathete Töchter und deren Nachkommenschaft, auch nirgends davon die Rede ist, daß der Fideicommiß-Genuß durch die Führung des von M.'schen Namens und Wappens bedingt sein solle, verhält es sich nach dem Familienvertrage vom Jahre 1786 anders. Hier werden zwei Fideicommisse für die beiden Linien, in welche der Mannsstamm des Freiherrn Johann Maximilian von M. und seiner Ehefrau geb. von St. zerfiel, errichtet. Daß aber beide Fideicommisse an Namen und Wappen derer von M. geknüpft sein sollten, ergiebt sich aus der für das zweite Fideicommiß, dasjenige nämlich des jüngeren Bruders Hector Wilhelm, ausdrücklich gemachten Bedingung, wonach der Besitzer dieses Fideicommisses verbunden sein sollte, den Beinamen von St. und das Wappen dieser Familie mit dem Seinigen (dem von M.'schen) vereinigt zu gebrauchen. (Vertr. § 3 Nr. 10.) Wie in dieser Anordnung selbstverständlich liegt, daß auch die Besitzer des I. Fideicommisses Namen und Wappen derer von M. führen sollten, so spricht für die Absicht der Stifter, durch die von ihnen ge-

troffenen Anordnungen den Glanz des von M.'schen Geschlechts zu erhalten, die weitere Bestimmung, wonach beim Ausgehen des Mannesstammes in der einen Linie keine cognatische Succession, wie bei den im Jahre 1752 gegründeten Fideicommissen statthaben, sondern das Fideicommißvermögen an den anderen von M.'schen Mannsstamm fallen sollte. (Vertr. § 7). Auch sollte, wenn beim Abgange eines der zwei Mannsstämme beide Fideicommisse in Einem Haupte vereinigt würden, die Sonderung derselben wieder geschehen, sobald der Besitzer zwei Söhne hinterließ; der jüngere Sohn alsdann aber mit dem zweiten Fideicommisse den von St.'schen Zunamen und das vereinigte Wappen wieder annehmen. (Vertr. § 13.) Offenbar ist hier wieder unterstellt, daß der Besitzer eines jeden der beiden Fideicommisse Namen und Wappen derer von M. führen muß.

Ja es gingen die Stifter in ihrer Absicht, den Glanz des von M.'schen Geschlechts und Namens zu erhalten, noch weiter. Indem sie nämlich eine cognatische Succession in die beiden Fideicommisse nur für den Fall des ausgehenden Mannsstammes in beiden Linien gestattete, ordneten sie an, daß der in das Fideicommißvermögen berufene cognatische Erbe den Beinamen von M. nebst dem von M.'schen Familien-Wappen anzunehmen hätte. (Vertr. § 14.)

Diese verschiedenen Erklärungen und Anordnungen im Familienvertrage von 1786 weisen unseres Erachtens mit Bestimmtheit darauf, daß nach der Absicht der Stifter der Genuß des einen und anderen der in Frage stehenden Fideicommisse durch die Führung des Namens und Wappens derer von M. bedingt sein sollte.

§ 5.

Das Verhältniß, in welchem die fideicommissarischen Anordnungen aus den Jahren 1752 und 1786 zu einander stehen.

Die gedachten successiven fideicommissarischen Anordnungen

berühren sich insofern, als beide das nämliche Grundstück, den K.-Hof, mit zum Gegenstande haben.

Diese Liegenschaft bildet das Hauptstück des ersten der Fideicommisse, welche Friedrich Maximilian von M. und seine Ehefrau geb. von R. für die vier Linien ihrer Nachkommenschaft errichteten. Der nämliche K.-Hof erscheint ferner nebst anderen Gütern als Gegenstand der ersten der beiden Fideicommisse, welche Freiherr Philipp Maximilian, der Fideicommißerbe des K.-Hofs und sein Bruder Hector Wilhelm gründeten.

Bei dieser Sachlage handelt es sich, was die hier in Betracht kommende Erbfolge in den K.-Hof anbetrifft, um die Frage nach dem Verhältnisse der beiden successiven fideicommissarischen Anordnungen zu einander.

Die Intention der Paciscenten beim Familienvertrage von 1786 ging offenbar nicht auf eine nähere Bestimmung, Erläuterung oder Ergänzung der im Jahre 1752 getroffenen Fideicommiß-Anordnung, sondern war auf die Gründung eines neuen Familienfideicommisses gerichtet.

Dies ergiebt sich einmal aus der Verschiedenheit des Gegenstandes der in den Jahren 1752 und 1786 getroffenen Verfügungen. Erscheint zwar bei beiden Stiftungen der K.-Hof als Objekt der fideicommissarischen Anordnung, so ist die Anschauung ausgeschlossen, als ob es sich im Familienvertrage von 1786 nur um eine Vermehrung des bisherigen Fideicommißvermögens gehandelt hätte. Denn es wird laut dem gemeinschaftlichen Testamente und Vertrage aus dem Jahre 1752 als Fideicommiß für den ältesten Sohn der Stifter, Johann Maximilian von M. und dessen eheleibliche Nachkommenschaft erklärt: „Der „sogen. K.-Hof mit Vieh, Schiff, Geschirr und Mobilien nebst „allem, was bei unserem seligem Tod darauf sein wird, nichts „ausgeschieden, sammt den anstoßenden Wiesen und Gärten, wie „er in seinem Bezirke liegt, und die dazu gehörigen 6 Hufen „Landes nach Maßgabe der Ackerbücher und des Besitzes, insgleichen der halbe Rüstersee mit allem davon fallenden Nutzen „und dem Wingert in dem R.-Berg.“

Dagegen besagt der Familienvertrag von 1786, es sollte des älteren Bruders, des Freiherrn Friedrich Maximilian, unveräußerliches Fideicommiß bestehen:

1) Aus dem Reichsritterschaftlichen Orte H. mit allen dazu gehörigen Gütern.
2) Aus den Bibliotheken und den Landkarten.
3) Aus den Familien-Gemälden.
4) Aus dem Rittergute zu R. mit allen Zubehörden.
5) Aus dem „großen K.-Hof mit allen Zubehörden, wie er „von dem Herrn Vater bei Lebzeiten abgetreten worden „ist, nebst dem Weinberg an dem R.-Berg von ungefähr „fünf Morgen,"

sowie aus einigen weiteren daselbst näher bezeichneten Vermögensstücken.

Indem der K.-Hof hier nicht in erster Linie, sondern mitten unter den Gegenständen aufgeführt wird, welche durch den Fideicommißverband ergriffen sein sollen, weist schon dieser Umstand darauf hin, daß es sich hier nicht blos um eine Erweiterung des zum ersten Fideicommisse aus dem Jahre 1752 gehörigen Vermögens handelte.

Andererseits ist das Successionsrecht bei den Fideicommissen aus den Jahren 1752 und 1786, welche beide den K.-Hof zum Gegenstande haben, ganz anders geartet.

Nach der erstgenannten Anordnung soll in den K.-Hof nebst dazu gehörigen Gütern die eheleibliche Nachkommenschaft des ältesten Sohnes der Stifter succediren, und zwar zunächst der Mannsstamm dieser Linie; beim Ausgehen desselben aber cognatische Succession stattfinden. Dagegen ordnet der Familienvertrag vom Jahre 1786 an, daß beim Ausgehen des Mannsstammes in der ersten von M.'schen Linie das Fideicommiß-Vermögen an den Mannsstamm der zweiten Linie fallen soll, während eine cognatische Succession erst in Ermangelung des Manns-stammes in beiden Linien eintritt.

Weiter ist gemäß der in der Hauptsache den K.-Hof betreffenden fideicommissarischen Anordnung von 1752 weder die Succession in das Fideicommiß, noch der Genuß desselben durch die Führung

des von M.'schen Namens und Wappens bedingt. Nach dem Familienvertrage vom Jahre 1786 dagegen sind die beiden hier errichteten Fideicommisse, also auch das erste, welches neben anderen Gütern auch den K.-Hof ergreifen sollte, zur Hebung des Glanzes des von M.'schen Geschlechts bestimmt, und soll in dem Falle der beim Ausgehen des Mannsstammes in beiden Linien stattfindenden cognatischen Succession der in das Fideicommiß-Vermögen gerufene Cognate den Beinamen von M. nebst dem von M.'schen Familienwappen annehmen.

Endlich steht das Fideicommiß vom Jahre 1752, welches in der Hauptsache den K.-Hof zum Gegenstande hat, in rechtlichem Zusammenhange mit drei andern für die Nachkommenschaft der damaligen Stifter errichteten Fideicommissen, von denen zwei für die cognatische Descendenz der Gründer bestimmt waren. Wie demnach beim Ausgehen der ersten Linie das erste Fideicommiß an die zweite, dann an die dritte Linie u. s. w. fallen soll, so sind für den Fall des Abgangs der sämmtlichen männlichen und weiblichen Nachkommenschaft der Stifter die von Rudolph von M. abstammenden Vettern des Freiherrn Friedrich Maximilian gerufen.

Die fideicommissarische Anordnung vom Jahre 1786 dagegen, welche nebst anderen Vermögensstücken den K.-Hof begreift, bringt dieses Fideicommiß nur mit einem zweiten, dem zunächst für den Freiherrn Hector Wilhelm von M. bestimmten, in Verbindung. Abgesehen nämlich davon, daß, wie bereits bemerkt wurde, bei dem Ausgehen des Mannsstammes in der einen Linie das betreffende Fideicommiß an den Mannsstamm der anderen Linie fallen soll, werden für den Fall des Aussterbens der gesammten rechtmäßigen männlichen und weiblichen Nachkommenschaft in beiden Linien die männlichen leiblichen Nachkommen des Herrn Justinian von M. und in Ermangelung dieser die männlichen ehelichen Descendenten des weiland Herrn Hieronimus Maximilian von M. in beide Fideicommisse substituirt.

Aus dem verschiedenen Inhalte der durch die Geschäfte vom Jahre 1752 und vom Jahre 1786 getroffenen Ver-

fügungen ergiebt sich in zweifelloser Weise, daß die Intention des letztgenannten Familienvertrags auf die Errichtung neuer Fideicommisse ging, welche bereits bei Lebzeiten der beiden Mitstifter ins Leben treten sollten, indem jeder derselben das betreffende Vermögen schon als Fideicommißinhaber besaß. (Vertr. §§ 2 und 3.) So wird denn auch im Eingange des Vertrags vom Jahre 1786 in keiner Weise auf das gemeinschaftliche Testament nebst Familienvertrag vom Jahre 1752 Bezug genommen, sondern lediglich anderer früherer Anordnungen, der bereits in § 4 bezeichneten, Erwähnung gethan. Auch wird in jenem Vertrags-Eingange erklärt:

„Wir verordnen und wollen, daß gegenwärtiger unter uns „errichteter Vertrag die einzige Richtschnur unserer fideicom-„missarischen Erbfolge und Einrichtung sein solle; heben alle „vorhergegangenen Verordnungen hiermit ausdrücklich und na-„mentlich auf."

Wie im Eingange, so ist sonst im Familienvertrage von 1786 von den im Jahre 1752 getroffenen fideicommissarischen Anordnungen nirgends die Rede, außer an einer einzigen Stelle, nämlich in § 15. Wenn daselbst nämlich gesagt ist:

„Dabei ist indessen

„c. unsere Absicht, nicht von dem abzuweichen, was unsere „Voreltern wegen des großen K.-Hofs und seiner Zu-„behörungen, wie sie unser Herr Vater abgetreten, disponirt „haben,"

so bezieht sich diese Stelle zweifellos auf die Anordnungen, welche im Jahre 1752 die Großeltern der beiden dermaligen Stifter bezüglich des in Frage stehenden Guts getroffen hatten.

Indessen ist dieser Vorbehalt zu Gunsten der fortdauernden Geltung besagter Verfügungen nur in sehr beschränkten Grenzen gemacht. In § 15 des Familienvertrags von 1786 wird nämlich die früher besprochene Substitution in die beiden Fideicommisse für den Fall des Aussterbens der gesammten rechtmäßigen männlichen und weiblichen Nachkommenschaft der beiden Mitstifter angeordnet, dieselbe jedoch an gewisse Bedingungen und Vorbehalte geknüpft.

Als eine solche Bedingung erscheint diejenige, daß nicht die Mitstifter oder deren Nachkommenschaft einstimmig ein pactum successorium mit einer anderen Familie oder einem corpus errichteten; der beigefügte Vorbehalt geht dagegen dahin, man habe nicht die Absicht, (bezüglich der Substitution) von demjenigen abzuweichen, was die Voreltern in Betreff des K.-Hofs angeordnet hätten.

Demnach sollte nach dem Familienvertrage vom Jahre 1786 der K.-Hof nebst einer Anzahl anderer Vermögensstücke ein neues Fideicommiß bilden und dasselbe, das sogen. I. von M.'sche, allein nach diesem Vertrage beurtheilt werden, ausgenommen im Falle des Aussterbens der genannten ehelichen Descendenz der beiden Stifter. Nach der Absicht dieser letzteren sollte bei Eintritt solcher Eventualität der K.-Hof sich vom übrigen Fideicommiß-Vermögen sondern, und an die durch das gemeinschaftliche Testament nebst Vertrag vom Jahre 1752 Substituirten fallen.

Sieht man von dieser dermalen nicht in Frage kommenden Substitutions-Bestimmung ab, so handelt es sich im Familien-Vertrage vom Jahre 1786 darum, den K.-Hof, trotzdem er bereits kraft der Anordnungen des Jahres 1752 durch einen familienfideicommissarischen Verband ergriffen war, in einen andern fideicommissarischen Nexus zu bringen. Die Absicht der Freiherren Philipp Maximilian und Hector Wilhelm von M. ging mit a. W., was den K.-Hof anbetrifft, dahin, an Stelle der früheren Familien-Anordnung eine ganz andere zu setzen. Dies war aber unthunlich. Denn es bringt es das Wesen der successio ex pacto et providentia majorum mit sich, daß jeder Anwärter, oder mit a. W. jeder, der nach der Anordnung des- oder derjenigen, welche das Fideicommiß gegründet haben, in dasselbe succediren soll, ein festes Recht auf das Fideicommißgut hat, sobald er nach Maßgabe der Erbfolgeordnung dazu berufen ist. Er erwirbt alsdann das Gut ipso jure, d. h. ohne alles Zuthun von seiner Seite, und kann demnach, wie sein Successionsfall eintritt, das Fideicommißgut an sich ziehen, gleich-

gültig, in wessen Innehabung es sich findet. So lange also ein seither begründeter Fideicommißverband noch besteht, kann das durch denselben ergriffene Vermögen weder ganz noch theilweise zum Nachtheil der Anwärter aus jener Stiftung in einen anderen fideicommissarischen Nexus gebracht werden. Folgeweise sind, was den K.-Hof anbetrifft, das jus succedendi in abstracto wie in concreto nach den fideicommissarischen Anordnungen aus dem Jahre 1752, und nicht nach Maßgabe der im Jahre 1786 getroffenen Dispositionen, zu beurtheilen. Denn es vermag ein späterer Inhaber eines Fideicommisses den durch den Stifter dazu berufenen Erbfolgern ihr Erbrecht weder zu entziehen noch zu schmälern oder zu beschränken, beziehungsweise an früher nicht vorgesehene Bedingungen zu knüpfen.

Wasserschleben erklärt demnach ohne allen Grund in seinem ersten Rechtsgutachten, es komme der ältere Vertrag vom Jahre 1752 hier nur in zweiter Linie in Betracht, während er in dem zweiten Gutachten S. 3 flgd. die Anwendbarkeit jenes von ihm zugegebenen Grundsatzes auf den vorliegenden Fall bestreitet.

Zu diesem Zwecke beruft er sich zunächst darauf, daß die Anordnungen vom Jahre 1752 keine Familienfideicommißstiftung im eigentlichen Sinne enthielten. Denn es bezwecke das Familienfideicommiß die Erhaltung des Glanzes und Namens der Familie, indem es die ausschließliche Erbberechtigung des Mannsstammes, durch welche allein die Continuität des Familien-Bewußtseins gesichert werde, verfüge.

Diese Merkmale gingen aber den fideicommissarischen Anordnungen aus dem Jahre 1752 ab.

Andererseits bewege sich der vorliegende Streit nur innerhalb des agnatischen Kreises, während die Agnaten durch die Bestimmungen des neueren Vertrags nicht allein keines Rechts, welches sie auf Grund des älteren Vertrags beanspruchen konnten, verlustig gegangen, sondern in mehrfacher Beziehung wesentlich günstiger gestellt worden seien. So erkläre es sich auch, daß die Rechtsbeständigkeit der Anordnungen in Betreff des sogen. I. M.'schen Fideicommisses bis zum gegenwärtigen Streite nicht

beanstandet worden sei; daß von einer fortdauernden Geltung und Anwendbarkeit des älteren Vertrags seither bis jetzt nirgends die Rede gewesen und daß man nie in Zweifel gezogen habe, es sei der K.-Hof nicht mehr als Bestandtheil des durch den älteren Vertrag gestifteten Fideicommisses a, sondern als Bestandtheil des durch den neueren Vertrag angeordneten I. M.'schen Familienfideicommisses anzusehen.

Indessen sind diese Ausführungen, wie sie auf unrichtigen Prämissen beruhen, nichts weniger denn schlüssig.

Unwahr ist es zunächst, daß zu einem eigentlichen Familienfideicommisse der Zweck der Erhaltung des Glanzes und Namens der Familie sowie die ausschließliche Erbberechtigung des Mannsstammes gehöre. Wie es vielmehr nicht eigentliche und uneigentliche Familienfideicommisse giebt, so erscheint als Familienfideicommiß-Stiftung die Privatdisposition, welche einem Gute die Bestimmung giebt, daß es unveräußert und ungetheilt in einer gegebenen Familie bleibe und innerhalb derselben sich vererbe. Diese Familie kann die agnatische oder die cognatische sein, sowie auch die Möglichkeit vorliegt, daß die cognatische Familie in Ermangelung der agnatischen gerufen ist.

Lewis, das Recht des Familienfideicommisses S. 340 u. S. 348.

Letzteres ist der Fall nach Maßgabe der fideicommissarischen Anordnungen vom Jahre 1752; das Nämliche gilt aber, obwohl in anderer Weise, nach dem Familienvertrage vom Jahre 1786, da in die beiden durch denselben errichteten Fideicommisse eine cognatische Succession stattfinden soll, wenn der Mannsstamm in beiden Linien erloschen. Auch die Cognaten aber sind Anwärter, wenn sie durch die Anordnung desjenigen, welcher das Fideicommiß gegründet hat, zur Succession gerufen sind; auch sie haben ein festes unentziehbares Recht auf das Fideicommißgut, sobald sie durch die Successionsordnung berufen werden.

Nicht weniger unrichtig ist ferner die Behauptung Wasserschleben's, es bewege sich der vorliegende Streit nur innerhalb des agnatischen Kreises.

Vielmehr ist die Sachlage diese. Es ist unbestritten, daß das Vermögen, welches in dem im Jahre 1786 errichteten I. M.'schen Fideicommisse begriffen, dem Freiherrn Carl Wilhelm Hector von M. oder dem Freiherrn Carl Eduard Hector von M., dermaligen Freiherrn von B., gehört. Es ist ferner unbezweifelt, daß letzterer der nächste Fideicommißerbe ist, wenn ihm nicht, wie von dem Herrn Mitbewerber behauptet wird, eine der Bedingungen des Anwärterrechts abgeht und er auch nicht in Folge der unadeligen Geburt seiner Mutter in der Successionsordnung zurückgesetzt ist.

Was aber den wichtigsten Bestandtheil des I. M.'schen Fideicommisses, nämlich den K.-Hof anbelangt, so ist dieses Gut bereits kraft der Verordnung vom Jahre 1752 durch einen Familienfideicommißnexus ergriffen worden. Auch nach Maßgabe dieser Stiftung ist Freiherr von B. der nächstberechtigte Fideicommißerbe in den K.-Hof, wenn ihm das jus succedendi in abstracto nicht mangelt. Ob dies der Fall ist, muß lediglich nach Maßgabe der Anordnungen beurtheilt werden, welche hinsichtlich der Succession in dieses Gut Diejenigen getroffen haben, welche es zunächst in den Fideicommißverband brachten. Denn es ergiebt sich aus den angedeuteten Grundsätzen über die successio ex pacto et providentia majorum, daß dem Freiherrn von B, wenn er der älteren Stiftung gemäß der nächstberechtigte Anwärter zum K.-Hofe ist, dessen Recht an besagter Liegenschaft nicht durch fideicommissarische Anordnungen späterer Fideicommiß-Inhaber entzogen sein kann.

Wenn nun Wasserschleben (2. Rechtsgutachten S. 5) hiergegen einwendet, daß die Agnaten durch die Bestimmungen des neueren Vertrags nicht allein keines Rechts, welches sie auf Grund des älteren Vertrags etwa beanspruchen könnten, verlustig gegangen, sondern vielmehr in mehrfacher Beziehung wesentlich günstiger gestellt worden seien, so beruht dieser Einwand auf einer Verwechselung. Allerdings ist durch die fideicommissarischen Anordnungen des Jahres 1786 die agnatische Familie derer von M. besser gestellt, als dies bei der den

K.-Hof betreffenden Fideicommiß-Errichtung aus dem Jahre 1752 der Fall ist. Denn es soll nach Maßgabe dieser älteren Anordnung beim Aussterben des Mannsstammes in der einen Linie cognatische Succession Statt haben, während nach dem neueren Familienvertrage die Cognaten erst nach Abgang des Mannsstammes in beiden Linien gerufen sind.

Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich des einzelnen Agnaten, dessen Successionsrecht nach der letzgenannten Anordnung an strengere Bedingungen hinsichtlich der Geburt geknüpft ist.

Doch ist dies alles hier ohne Erheblichkeit. Denn es kann demjenigen, welcher den K.-Hof als Fideicommiß-Erbe auf Grund der Stiftung vom Jahre 1752 anspricht, der spätere Familienvertrag vom Jahre 1786, zu welchem er seine Zustimmung nicht gab, nimmermehr zu dem Zwecke, um ihm das Successionsrecht abzusprechen, entgegengesetzt werden.

Daß endlich, worauf Wasserschleben Gewicht zu legen scheint, bis zum gegenwärtigen Streite die Rechtsbeständigkeit der Anordnungen in Betreff des sogen. I. M.'schen Fideicommisses nicht beanstandet wurde, daß insbesondere bis jetzt von einer fortdauernden Geltung und Anwendbarkeit des älteren Vertrags nie die Rede war, indem man nicht bezweifelte, es sei der K.-Hof nicht mehr als Bestandtheil des durch den älteren Vertrag gestifteten, sondern als ein Stück des ersten durch den neuen Vertrag gegründeten Fideicommisses anzusehen, ist nicht weniger unerheblich. Der fideicommissarische Nexus, welcher kraft des gemeinschaftlichen Testaments und Familienvertrags vom Jahre 1752 den K.-Hof ergreift, ist nie gelöst worden; er konnte nicht durch einen späteren Fideicommiß-Inhaber aufgehoben werden. Machten demnach frühere Anwärter keinerlei Rechte aus jenen Anordnungen geltend, so ist dies für denjenigen, welcher nunmehr nach Maßgabe eben jener Stiftung zur Succession in den K.-Hof gerufen ist, ohne alle rechtliche Wirkung.

§ 6.

Das Successionsrecht des Freiherrn von B. in den K.-Hof nach Maßgabe der fideicommissarischen Anordnungen vom Jahre 1752.

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterungen geht dahin, daß die Successionsberechtigung des Freiherrn von B. in den K.-Hof lediglich nach der Fideicommiß-Stiftung vom Jahre 1752 zu beurtheilen ist. Nach Maßgabe der hier getroffenen Anordnungen erscheint aber Herr von B. als zur Succession in dieses Fideicommiß berufen, wenn ihm die Bedingungen des Anwärterrechts nicht abgehen. Dies soll nun

1) einmal um deßwillen der Fall sein, weil er den Namen von M. abgelegt und mit Bewilligung der Könige von Bayern und Preußen Namen und Wappen des Freiherrn von B. angenommen hat.

Allein es ist jene Namens-Ablegung für die Succession in das erste der im Jahre 1752 errichteten Fideicommisse ohne alle Bedeutung. Denn es handelte sich bei den daselbst getroffenen fideicommissarischen Anordnungen, wie wir zu § 3 ausführten, nicht um den Glanz der von M.'schen Familie, sondern um die Erhaltung des Wohlstandes der ehelichen Nachkommenschaft der beiden Stifter. Auch wurde durch die gedachte Stiftung weder ausdrücklich noch auch nach dem ganzen Sinne der getroffenen Verfügungen die Succession in das erste Fideicommiß oder doch der Genuß desselben an die Bedingung der Führung des Namens und Wappens derer von M. geknüpft.

Zwar meint Wasserschleben, daß auch bei dem im Jahre 1752 errichteten Fideicommisse nach der Intention der Stifter der Agnat, welcher den Geschlechtsnamen von M. auf gebe und einen anderen Namen annehme, von der Fideicommißerbfolge ausgeschlossen sei.

Allein es sind die von ihm für diese Ansicht im zweiten Rechtsgutachten (§ 6 flgd.) geltend gemachten Gründe nichts weniger wie durchschlagend.

Vorerst beruft sich nämlich jener Gelehrte darauf, daß die Stifter sowohl im Eingange wie im § 7 des Vertrags vom Jahre 1752 als ihre Absicht bei den von ihnen getroffenen Verfügungen die Sorge für die Aufrechterhaltung ihrer Nachkommenschaft und der M.'schen Familie bezeichnen. Allein man kann zur M.'schen Familie gehören, ohne diesen Namen zu führen. Die Töchter des erstgeborenen Sohnes der Stifter gehörten wie ihre Descendenz zur M.'schen Familie und waren auch in dieser Eigenschaft beim Ausgehen des Mannsstammes in der Primogenitur-Linie zur Fideicommißerbfolge in den K.-Hof berufen, ohne Rücksicht darauf, daß sie den M.'schen Namen nicht führten. Die M.'sche Familie ist nicht nothwendig identisch mit dem agnatischen Geschlechte derer von M. oder mit a. W. mit den Männern, welche, durch Männer mit dem Stifter verwandt, sich nach Außen als eine durch den M.'schen Namen hervortretende Einheit darstellen. Hätten die Stifter, wie sie der Sorge für die M.'sche Familie erwähnen, ihr agnatisches Geschlecht im Auge gehabt, so würden sie dieses offenbar in den Vordergrund gestellt haben. Sie hätten zweifellos als Zweck der von ihnen getroffenen Dispositionen die Aufrechterhaltung der M.'schen Familie und ihrer Nachkommenschaft hervorgehoben und nicht diese letztere zuerst genannt. Sie würden ferner nicht an anderer Stelle (§ 4) bloß von der Erhaltung des beständigen Wohles und Aufnehmens ihrer Nachkommenschaft gesprochen haben. Freiherr Friedrich Maximilian von M. und dessen Ehefrau geb. von R. wollten für den Wohlstand ihrer gesammten in vier Linien zerfallenden Nachkommenschaft Sorge tragen, indem sie ebensoviele Fideicommisse errichteten. Da nur zwei derselben für ihre Söhne und deren Descendenz bestimmt waren, so erklärten sie als Zweck ihrer Dispositionen, die Aufrechterhaltung ihrer Nachkommenschaft und der M.'schen Familie, d. h. nach dem eben Bemerkten und dem ganzen Zusammenhange der getroffenen Anordnungen ihrer von ihren beiden Söhnen herrührenden Descendenz.

Wenn aber behauptet wird, (Wasserschleben, zweites Rechtsgutachten S. 7 a. E. u. 8) es sei Freiherr Hector von B., nachdem er mit Bewilligung der Könige von Preußen und Bayern unter vollständiger Ablegung des Namens und Wappens derer von M. den Geschlechtsnamen und das Wappen derer von B. angenommen habe, rechtlich nicht mehr Mitglied der von M.'schen Familie, — wenn weiter gesagt wird, es gehöre derselbe seitdem nicht mehr dem ersten Stamme an, für welchen im Jahre 1752 das Fideicommiß gegründet worden, dessen Hauptbestandtheil der K.-Hof war, so können diese Behauptungen nicht für gegründet erachtet werden.

Mag auch Freiherr von B. in Folge der Ablegung des Namens von M. nicht mehr von M.'scher Agnat im strengen Sinne dieses Begriffs sein, so ist er immerhin noch thatsächlich wie rechtlich Mitglied der von M.'schen Familie, d. h. der von M.'schen Blutsfreundschaft. Es läßt sich keinerlei Rechtsgrund dafür beibringen, daß durch die Annahme des Namens und Wappens eines ausgestorbenen Geschlechts die durch eheliche Geburt begründeten Verwandtschaftsbande in rechtlicher Beziehung gelöst werden, wie es denn auch außer jedem Zweifel steht, daß Freiherr von B. durch seine Namensänderung der ihm als einem geborenen von M. zukommenden Allodial-Erbrechte nicht verlustig geworden ist. — Folgeweise gehört derselbe nach wie vor dem ersten Stamme an, für welches Friedrich Maximilian von M. und dessen Gemahlin im Jahre 1752 den K.-Hof in einen Familienfideicommiß-Nexus brachten.

An dieser Sachlage ändert der Umstand nichts, daß, wie Wasserschleben sich ausdrückt, „nichts den Freiherrn von B. zwang, sein angestammtes Geschlecht durch einen rechtlichen Act aufzugeben. Zwar meint jener, es sei die Stellung des letztgenannten Herrn eine ganz andere wie die der Töchter, welche beim Ausgange des Mannsstammes, ungeachtet ihres durch Verehelichung veränderten Namens, zur fideicommissarischen Erbfolge gerufen würden. Denn es sei diese Namensänderung

hier eine rechtlich nothwendige Wirkung der Verheirathung mit Männern, welche nicht dem von M.'schen Geschlechte angehörten.

Allein es läßt sich nicht einsehen, was diese Ausführung hier soll, da sie die Thatsache nicht entkräftet, daß die Berufung der Cognaten zur Succession in das im Jahre 1752 errichtete, den K.-Hof betreffende Fideicommiß mit dafür spricht, daß es den Stiftern dabei nicht um die Erhaltung des Glanzes des von M.'schen Geschlechts zu thun war.

Doch führt für eine solche Absicht Wasserschleben (zweites Rechtsgutachten S. 7) die Anordnung an, wonach in die für die beiden Söhne und deren Nachkommen gestifteten Fideicommisse der Mannsstamm vor den Cognaten erben soll. Allein er übersieht hierbei, daß auch für die beiden anderen im Jahre 1752 gegründeten Fideicommisse, welche zunächst an die Familien von St. und von A. fallen sollten, Lineal-Primogenitur-Erbfolge in der männlichen Linie angeordnet wurde, und daß bei der gleichmäßigen Feststellung dieser Art von Succession für die vier Fideicommisse als Endzweck lediglich „das beständige Wohl und Aufnehmen der Nachkommenschaft" der beiden Stifter angegeben wird.

Wenn aber Wasserschleben (zweites Gutachten S. 7) weiter erklärt, daß auch die Bestimmungen hinsichtlich der Familienkiste (§§ 5, 6, 7, 11, 12 der Stiftungsurkunde von 1752) unzweideutig die Intention der Stifter bekundeten, für alle Zukunft das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit und das Interesse an den Rechten und Traditionen des Geschlechts unter allen ihren Nachkommen lebendig zu erhalten, so dürfte falls hier, wie aus dem Zusammenhange der Aeußerung wohl anzunehmen ist, das Geschlecht derer von M. gemeint sein sollte, das Argument sich als durchaus hinfällig erweisen.

Denn es wurde die Familienkiste für die vier Linien, in welche die Nachkommenschaft der Stifter zerfiel, also auch für deren Töchter und beziehungsweise die Descendenz letzterer angeordnet. Insbesondere sollten die Besitzer der vier Fideicommisse Beiträge in diese Kiste einwerfen und die Schlüssel dazu haben, während aus den Interessen der angesammelten Capitalien

die Nachkommen der Stifter, ohne dabei auf Linie oder Familie zu sehen, zu subventioniren sind.

Die Verfügung endlich, auf welche sich Wasserschleben schließlich beruft, wonach beim Aussterben der sämmtlichen männlichen und weiblichen Nachkommenschaft der Stifter die vier Fideicommisse an die von Rudolph von M. abstammenden Vettern des Freiherrn Friedrich Maximilian fallen sollten, beweist in keiner Weise, daß letzterer und seine Frau geborene von R. durch die in erster Linie getroffenen fideicommissarischen Anordnungen den Glanz des von M.'schen Namens aufrecht erhalten wollen. Dies ist umsoweniger anzunehmen, als in der substituirten anderen von M.'schen Linie für den Fall gänzlichen Abgangs männlicher Nachkommenschaft cognatische Succession angeordnet ist.

Hiernach erscheint denn die Bemängelung des Anwärterrechts des Freiherrn von B. bezüglich des im Jahre 1752 errichteten, den K.-Hof betreffenden Fideicommisses, so weit sich jene auf die von diesem vorgenommene Ablegung des von M.-schen Namens stützt, als durchaus hinfällig.

Es wird aber:

2) Das Successionsrecht des Freiherrn von B. in das in Frage stehende Fideicommiß aus dem weiteren Grunde bemängelt, daß dessen Mutter nicht von adeliger Geburt war.

Auch bei Beurtheilung dieses Einwands kommt nach Maßgabe unserer früheren Erörterungen allein das gemeinschaftliche Testament nebst Familienvertrag vom Jahre 1752 in Betracht.

Daselbst findet sich aber lediglich folgende hier einschlagende Bestimmung:

„.... verordnen wir weiter, daß unsere Nachkommen„schaft und Vettern, welche zu dem Genusse der §§ 2 und 3 „gestifteten Fideicommisse und was davon abhängt, gelangen „wollen, immer solche Personen heirathen, welche im wirk„lichen adeligen Stande stehen, widrigenfalls sollen sie und „ihre Nachkommenschaft von diesem Fideicommiß gänzlich aus„geschlossen sein." (§ 9 des Vertrags.)

Die Mutter des Freiherrn von B. war nun allerdings von bürgerlicher Geburt. Allein sie war vor ihrer Verheirathung mit dem Vater des Herrn von B., Freiherrn Maximilian Ferdinand Ludwig von M., in den Adelsstand erhoben und am 17. Dezember 1853 unter dem Namen C. W. Ottilie von J. getraut worden. Demnach stand sie zur Zeit ihrer Verheirathung in wirklichem adeligem Stande, indem sie bereits von Adel war und diesen nicht erst durch ihre Verheirathung erwarb.

Wie der Ausdruck „in wirklichem adeligem Stande stehen," an sich nichts anderes bedeutet als gegenwärtig, dermalen von Adel sein, so kann er nicht, wie Wasserschleben (erstes Rechtsgutachten und dann zweites Gutachten S. 15 flgd.) thut, durch Herbeiziehung des § 22 des Familienvertrags von 1786 und der dazu im Jahre 1789 ergangenen Declaration in anderem Sinne interpretirt werden. Abgesehen nämlich davon, daß das Successionsrecht in das Fideicommißgut K.-Hof lediglich nach den Anordnungen aus dem Jahre 1752 zu beurtheilen ist, rühren jene späteren Kundgebungen von ganz anderen Personen als den Stiftern des in Frage stehenden Fideicommisses her.

Wie aber der Ausdruck „in wirklichem adeligem Stande stehen" an sich nicht von dem Erforderniß adeliger Geburt verstanden werden kann, so sind dafür, daß die Stifter das Successionsrecht nicht an die Abstammung von einer adelig geborenen Mutter knüpfen wollten, in der durch die Vormünder des Herrn von B. an das Vormundschaftsgericht gerichteten Eingabe zwei Thatsachen angezogen worden, deren Bedeutung Wasserschleben unseres Erachtens unterschätzt.

Die eine dieser Thatsachen ist, daß die Gemahlin des Stifters selbst und Mitstifterin, Susanna Maria von R., nicht adelig geboren, sondern nur vor ihrer Vermählung nobilitirt worden war. Sicher ist zwar Wasserschleben (zweites Gutachten, S. 16) zuzugeben, daß dieser Umstand die Absicht und das Bestreben der Stifter nicht ausschloß, für die Zukunft ihre Nachkommen zu einer größeren Berücksichtigung und Pflege

der Vorzüge einer edlen Geburt zu veranlassen. Wie jedoch in den im Jahre 1752 getroffenen Dispositionen nichts auf eine solche Intention hinweist, so dürfte immerhin der Umstand, daß Freiherr Friedrich Maximilian von M. eine in den Adelsstand erhobene Bürgerliche geehelicht hatte und daß diese mit ihrem Manne die in Frage stehenden Fideicommiß-Anordnungen traf, auf die Absicht der Stifter deuten, diejenigen unter ihren Nachkommen, die aus derartiger Ehe stammten, von der Fideicommiß-Erbfolge nicht auszuschließen.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit der weiteren Thatsache, daß die Gemahlin des zweiten Sohnes der Stifter, des Freiherrn Justinian von M., Elise Charlotte Sch. von bürgerlicher Abkunft, allein vor ihrer Verheirathung geadelt worden war. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß, wie auch Wasserschleben hervorhebt, eine Anordnung der Stifter, welche die fideicommissarische Erbfolge an die Abstammung von einer adelig geborenen Mutter geknüpft hätte, den Freiherrn Justinian und dessen Kinder von der Fideicommiß-Succession nicht ausgeschlossen hätte, da derselbe direct und ausdrücklich zu dem einen der vier Fideicommisse gerufen und zur Zeit dieser Anordnung bereits verheirathet war. Allein es würde eine solche Beschränkung der Fideicommiß-Erbfolge die späteren Nachkommen dieser Linie getroffen haben. Dies weist aber darauf hin, daß die Stifter, indem sie verfügten, daß ihre Descendenten immer solche Personen heirathen sollten, welche im wirklichen adeligen Stande stehen, unter diesen Personen nur Frauen von Adel, nicht aber Frauen von adeliger Geburt verstanden. Es läßt sich mit a. W. im Zweifel nicht annehmen, daß nach der Absicht der Stifter die Enkel und Urenkel ihres Sohnes hinsichtlich der Fideicommiß-Erbfolge an strengere Bedingungen wie die Kinder des ersten Fideicommiß-Inhabers gebunden sein sollten. Dies spricht aber bei der vollkommen gleichmäßigen Art, wie die Succession in die vier Fideicommisse geregelt wurde, überhaupt dafür, daß die Stifter auch die fideicommissarische Erbfolge in den K.-Hof nicht von der Abstammung von einer adelig geborenen Mutter abhängig machen wollten.

Fassen wir das Ergebniß der vorstehenden Erörterungen zusammen, so ist die Fideicommiß-Erbfolge in den K.-Hof lediglich nach Maßgabe der im Jahre 1752 vom Freiherrn Friedrich Maximilian und dessen Ehefrau geb. von R. getroffenen Verfügungen zu beurtheilen. Diesen Anordnungen zufolge entbehrt aber Freiherr Hector von B. des Anwärterrechts in jenes Fideicommiß weder aus dem Grunde, weil er den M.'schen Namen ablegte, noch um deßwillen, weil er aus einer Ehe mit einer bürgerlich geborenen, allein vor ihrer Verheirathung geadelten Mutter entsprossen ist.

§ 7.

Fortsetzung. Die eventuelle Restitution des Freiherrn von B. gegen die Ablegung des von M.'schen Namens.

Sollte man jedoch von der unseres Erachtens nicht zu rechtfertigenden Annahme ausgehen, daß im Sinne und Geiste der im Jahre 1752 vorgenommenen Stiftung Freiherr von B. durch das Aufgeben des von M.'schen Namens der Anwartschaft auf das Fideicommiß, dessen Hauptgegenstand der K.-Hof bildet, verlustig gegangen sei, so würde einer Wiedereinsetzung desselben in den vorigen Stand nichts entgegenstehen. Es könnte Freiherr von B. eine in integrum restitutio gegen die von ihm vorgenommene Ablegung des M.'schen Namens verlangen, d. h. gegen den Verzicht, welcher durch die Eingabe vom 26. September 1868 eingeleitet wurde, mittelst welcher seine Vormünder beim Könige von Bayern um Bewilligung der Namensänderung nachsuchten, und der dadurch zur Wirksamkeit gelangte, daß diesem Gesuche unterm 2. April 1869 dahin entsprochen ward, es solle dem Freiherrn Hector und seinen einstigen Nachkommen gestattet sein, unter vollständiger Ablegung des Namens und Wappens M., den Namen der Freiherren resp. Freiinnen von B. nebst dem von B.'schen Wappen anzunehmen.

Indem dieser Königliche Gnadenact die Annahme des Freiherrl. von B.'schen Namens und Wappens gestattete, und das Nämliche durch einen K. Preußischen Erlaß vom 16. Dezember 1872 geschah, stehen diese beiden Allerhöchsten Verfügungen an sich einer Wiederannahme des M.'schen Namens nicht entgegen. Doch würde eine solche, wie Wasserschleben (zweites Gutachten S. 13) zuzugeben ist, selbst wenn sie mit Bewilligung der betreffenden Landesherren geschähe, dem Freiherrn Hector um deßwillen von keinem Nutzen sein, weil er im Augenblicke des Todes des letzten Fideicommiß-Inhabers den Namen von B. führte und demnach der Auffassung zufolge, welche von der Gegenseite vertreten wird, in dem kritischen Zeitpunkte des Anwärterrechts entbehrte.

Anders verhält es sich dagegen bei einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, da dieselbe einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzieht, oder mit a. W. die durch eine solche Thatsache bewirkte Aenderung negirt. Wird Freiherr von B. demnach gegen den durch seine Vormünder gemachten Verzicht auf den M.'schen Namen restituirt, so ist er so anzusehen, als ob er diesen Namen ununterbrochen geführt hätte.

Da nun eine Wiedereinsetzung nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen, sondern gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung statthat,

v. Savigny, Syst. Bd. VII. § 319;

Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 115 (Bd. I. S. 333.

so kann sie auch gegen das Aufgeben eines Geschlechtsnamens geschehen, wenn sonst ihre Voraussetzungen vorhanden sind.

Daß aber vorerst der Verzicht auf den M.'schen Namen für den Freiherrn Hector nachtheilige rechtliche Wirkungen im Gefolge hatte, vermag vom Standpunkte der gegnerischen Interpretation der im Jahre 1752 getroffenen fideicommissarischen Anordnungen aus keinem Zweifel zu unterliegen. Denn es verlor hiernach Freiherr Hector mit dem M.schen Namen das Anwärterrecht auf das Fideicommiß, dessen Hauptbestandtheil der K.-Hof. bildet. In Folge hiervon entging

ihm aber das Fideicommißgut selbst, welches sonst bei dem am 11. April 1876 erfolgten Tode des letzten Inhabers an ihn gefallen wäre. Es entging also dem Freiherrn Hector in Folge der Ablegung des M.'schen Namens ein Vermögen, welches ihm unter der nunmehr eingetretenen Voraussetzung, daß er den letzten Besitzer überlebte, vollständig sicher war.

Unter so bewandten Umständen fehlt es für die zu verlangende in integrum restitutio an dem Erfordernisse einer Läsion nicht.

Schon der Verlust des Anwärterrechts, also des eventuellen Rechts auf den Erwerb eines Guts „quod majorum ejus fuisset“

l. 35 D. de minorib. (4. 4.)

begründete eine solche, da der Nachtheil, gegen welchen wiedereingesetzt wird, nicht nothwendig ein Vermögensnachtheil zu sein braucht.

Windscheid, Pandekt. § 115 zu Note 3.

Nicht weniger lag aber eine Läsion darin, daß dem Freiherrn Hector das Fideicommißgut bei Eröffnung der fideicommissarischen Erbfolge entging, weil auch ein entbehrter Gewinn ein Vermögensnachtheil ist, gegen welchen Wiedereinsetzung begehrt werden kann;

l. 7 § 6, l. 44 D. de minorib. (4. 4).

l. 27 D. ex quibus causis succ. (4. 6).

Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 60 flgd.

und bei Beurtheilung der Läsion der spätere Erfolg, den die zu rescindirende Handlung gehabt hat, in Betracht zu ziehen ist. —

Erk. des O.A.G. in Celle in Seuffert. Arch. Bd. VII. N. 61.

Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 57.

So wenig wie an einer Läsion fehlt es hier aber an einem Restitutionsgrunde. Freiherr Hector, am 25. Juli 1856 geboren, war zur Zeit der für ihn durch seine

Vormünder an den König von Bayern gerichteten Eingabe um Gestattung der Annahme des von B.'schen Namens, d. h. am 26. September 1868, ja zur Zeit des Königlichen Erlasses vom 2. April 1869, durch welchem jenem Gesuche entsprochen wurde, noch minderjährig.

Eine Wiedereinsetzung desselben ex capite minoris aetatis gegen die von ihm vorgenommene Namens-Ablegung ist aber um deßwillen begründet, weil dieser Verzicht, durch welchen er lädirt wurde, offenbar nur bei einer „inconsulta facilitas," einem „negligenter versari"

l. 11 § 4, l. 24, § 1, l. 44 D. de minorib. (4. 4.)

möglich war.

Einerseits erschien nämlich zur Zeit des an den König von Bayern gerichteten Gesuchs und der in Folge von dessen Gewährung stattgehabten Namensänderung Freiherr Hector, dessen Vater, der Freiherr Max Ferdinand Ludwig, bereits am 28. April 1867 verstorben war, als der nächste Fideicommißerbe zum K.-Hofe.

Andererseits war dieses Gut von weit größerem Werthe wie das von B.'sche Fideicommißvermögen, zu dessen Uebernahme die Führung des von B.'schen Namens, beziehungsweise das Nachsuchen der dazu nöthigen landesherrlichen Einwilligung erfordert war.

Bei dieser den beiden Vormündern des Freiherrn Hector bekannten Sachlage war es ein jenen zur Schuld gereichender Mangel an gehöriger Ueberlegung und Umsicht, wenn sie für ihren Mündel die Ablegung des M.'schen Geschlechtsnamens betrieben. Sie wußten oder mußten wissen, daß diese Namens-Ablegung das Anwärterrecht auf das Fideicommiß, welches den K.-Hof zum Hauptgegenstande hatte, sofort für den Freiherrn Hector entzog. Sie mußten nicht weniger wissen, daß in Folge eben dieses Verlustes das in Frage stehende Gut, welches im Besitze des am 10. October 1795 geborenen Freiherrn Johann Eustach Dietrich Max von M. sich befand, und aller menschlichen Voraussicht nach in nicht allzulanger Zeit ihrem Mündel als nächsten Fideicommißerben zufallen sollte,

für diesen nun verloren ging, — falls die Ansicht durchschlug, daß die Fideicommiß-Stiftung vom Jahre 1752 die Erhaltung des Glanzes des von M.'schen Geschlechts bezwecke, oder daß, worauf in § 8 zurückzukommen ist, die fideicommissarische Succession in den K.-Hof sich nach den im Jahre 1786 getroffenen Anordnungen richte.

Merkwürdiger Weise ist es aber gerade der eine der damaligen Mitvormünder des Freiherrn Hector, nämlich Carl Wilhelm Hector von M., welcher diese zweifache alternative Auffassung vertritt und auf Grund dessen, daß sein früherer Mündel durch die erfolgte Namensänderung das Anwärterrecht verloren habe, als nunmehriger nächster Fideicommißerbe den K.-Hof in Anspruch nimmt. Freiherr Carl Wilhelm Hector handelte demnach als Vormund zum Nachtheil seines Mündels, indem er zugleich seinen eigenen Vortheil förderte.

Als sorgsamer Vormund mußte er sich aber die möglichen Folgen eines Aufgebens des M.'schen Namens, welches er für seinen Mündel betrieb, die dadurch eintretende Gefährdung dieses letzteren überlegen, während ihm zur Zeit des an den König von Bayern gerichteten Gesuchs nicht entgehen konnte, daß dieser Schritt ihm, der damals schon in Ermangelung seines Neffen der nächste Fideicommißerbe war, eventuell zu Statten kam. —

Wie der für seine Person in der Sache ganz unbetheiligte andere Mitvormund Pf., in einer unterm 8. November 1876 an den Vertreter der Gegenpartei gerichteten Zuschrift einräumte, daß den Vormündern ein Mangel an Voraussicht vorgeworfen werden könne und zugleich erklärte, er würde sich im Falle verlangter in integrum restitutio für verpflichtet erachten, sofort dazu mitzuwirken, so befindet sich Freiherr Carl Wilhelm Hector von M. in eigenthümlicher Lage. Er ist es nämlich, gegen welchen die zu erbittende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden mußte, weil zu seinen Gunsten die den Freiherrn Hector verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist. Andererseits hat er

als Mitvormund dieses letzteren und in dessen Namen die denselben lädirende, ihm selbst aber Vortheil bringende Handlung vorgenommen. Für ihn giebt es demnach nur eine zweifache Alternative. Die eine ist die, daß er anerkennt, wie das nach den Anordnungen des Jahres 1752 zu beurtheilende Anwärterrecht seines Neffen und früheren Mündels an das Fideicommißgut K.-Hof auf Grund der Ablegung des M.'schen Namens nicht zu beanstanden ist, oder beziehungsweise in die gegen ihn zu begehrende in integrum restitutio einwilligt. Anderenfalls muß sich Freiherr Carl Wilhelm Hector den Vorwurf gefallen lassen, und dies ist die andere ihm offenstehende Alternative, daß er unter Förderung eigenen Vortheils seine Pflichten als Vormund verletzt hat. Doch liegt es auf der Hand, daß unter einer solchen Voraussetzung die erbotene Wiedereinsetzung nicht versagt werden könnte.

Das Quadriennium aber, innerhalb dessen die in integrum restitutio nachgesucht werden müßte, läuft, da Freiherr Hector am 25. Juli 1856 geboren, am 25. Juli 1877 volljährig geworden ist, erst im Jahre 1881 ab.

§ 8.

Die Fideicommiß-Erbfolge in den K.-Hof nach den Anordnungen des Jahres 1786.

Freiherr Hector von B., aus dem Geschlecht derer von M., ist unbestrittenermaßen sowohl nach den fideicommissarischen Anordnungen aus dem Jahre 1752 wie nach denjenigen aus dem Jahre 1786 der nächste Fideicommißerbe zu dem Fideicommisse, welches den K.-Hof ergreift, vorausgesetzt, daß ihm das Anwärterrecht nicht abgehe und daß er auch nicht in Folge der nicht adeligen Geburt seiner Frau Mutter in der Erbfolge-Ordnung zurückgesetzt ist. Ob der eine oder andere Fall vorliegt, kann aber, wie zu § 5 ausgeführt wurde, lediglich nach den Verfügungen beurtheilt werden, welche im Jahre 1752 Freiherr Friedrich Maximilian von M. und seine Ehefrau geb. von R. getroffen haben.

Den Bestimmungen dieser älteren Fideicommiß-Errichtung gemäß unterliegt aber das jus succedendi in abstracto wie in concreto des Freiherrn Hector keiner gegründeten Bemängelung (Vertr. § 6). Insbesondere kann ihm das Anwärterrecht nicht auf Grund der vorgenommenen Namens-Ablegung abgesprochen werden. Sollte dies aber doch der Fall sein, so wäre ihm jedenfalls mittelst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu helfen. (V. § 7.)

Da jedoch behauptet wird, es sei das Erbfolgerecht des Freiherrn von B., nach Maßgabe der im Jahre 1786 getroffenen fideicommissarischen Anordnungen zu beurtheilen, so ist dasselbe auch von diesem Standpunkte aus zu prüfen, wie sehr jene Meinung, was den K.-Hof anbetrifft, unseres Erachtens eines jeden haltbaren Grundes entbehrt.

Unterstellt man nun, — ohne dies irgendwie zuzugeben, — daß die Fideicommiß-Erbfolge in den K.-Hof nach den von den Freiherren Philipp Maximilian und Hector Wilhelm von M. im Jahre 1786 vereinbarten Verfügungen zu beurtheilen ist, so dürfte

1) kaum zu bezweifeln sein, das Freiherr Hector von B. das Anwärterrecht zur Zeit der Fideicommißeröffnung um deßwillen entbehrte, weil er schon in diesem Zeitpunkte Namen und Wappen derer von M. abgelegt hatte und daß demnach das Fideicommiß, zu welchem der K.-Hof gehört, dem Onkel und früheren Vormunde desselben, dem Freiherrn Carl Wilhelm Hector zufiel. — Es ergiebt sich dies aus unseren Ausführungen zu § 4. —

Immerhin wäre jedoch auch hier dem Freiherrn von B. auf dem Wege einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu helfen.

2) Was aber die Bemängelung des damaligen Successionsrechts des Freiherrn von B. anbetrifft, welche sich darauf stützt, daß derselbe von einer nicht adelig geborenen, sondern vor ihrer Verheirathung nobilitirten Mutter entsprossen, so bestimmt der Familienvertrag vom Jahre 1786 § 22 hier nur, daß die Nachkommen der Stifter

„den Vorzug einer edlen Geburt nicht zu vernachlässigen,
„sondern standesmäßig zu leben und zu heirathen
„haben."

Käme diese Anordnung allein in Betracht, so würde sie in keiner Weise dem Freiherrn Hector entgegengesetzt werden können. Denn einmal unterliegt es keinem Zweifel, daß die Ehe eines Mannes von niederem, wenn auch vormals reichsritterschaftlichem Adel, mit einer vor ihrer Verehelichung geadelten Frau eine standesmäßige ist; alsdann ist nirgends angeordnet, daß Söhne aus nicht standesmäßigen Ehen von der Succession in das Fideicommißgut ausgeschlossen oder rücksichtlich derselben zurückgesetzt sein sollten.

Doch beruft man sich auf einen unterm 15. Juli 1789 vereinbarten Nachtrag zu § 22 des Familienvertrags vom Jahre 1786, wodurch die hier enthaltende Anordnung unter Hinweis „auf die wohlbekannte Absicht der Stifter der Familienfideicommisse" dahin erläutert wurde:

„daß in einer jeden der paciscirenden Theile selbsteigener
„männlicher Nachkommenschaft von unadelig geborenen
„Müttern erzeugte Söhne an ihrer Reihe von der
„Fideicommiß-Erbfolge ausgeschlossen werden sollen, wenn
„von altadeligen Müttern abstammende Fideicommiß-
„Erben vorhanden sind in ebenderselben männlichen Des-
„cendenz, und diese deren Stelle einnehmen sollen."

Ist nun diese Declaration eine rechtsgültige und gegenüber dem Freiherrn Hector von rechtlicher Wirksamkeit, so ist es klar, daß dieser seinem Onkel, dem Freiherrn Carl Wilhelm Hector, welcher von einer aus altadeligem Hause stammenden Mutter geboren ist, bezüglich der Fideicommiß-Succession nachstehen muß.

Die rechtliche Wirksamkeit dieser sogen. Auslegung gegenüber dem Freiherrn Hector ist aus folgendem Grunde zu bestreiten:

Zwar liegt uns die Declaration selbst weder im Originale noch in einer vollständigen Abschrift, sondern nur ihrem Inhalte nach in dem ersten Wasserschleben'schen Gutachten vor,

aus welchem nicht zu ersehen ist, von wem dieselbe ausgegangen. Da jedoch der eine Miturheber der am 27. März 1786 getroffenen fideicommissarischen Anordnungen, Freiherr Hector Wilhelm von M., bereits am 17. Mai 1786 mit Tode abgegangen war, so ist es klar, daß der am 15. Juli 1789 vereinbarte Nachtrag zum Familienvertrage von 1786 nicht von den beiden Mitstiftern verfaßt wurde. Sonach kann schon aus diesem Grunde von einer rechtlich bindenden Auslegung des § 22 des letztgenannten Vertrags nicht die Rede sein. Denn es ist eine solche Interpretation einer vertragsmäßigen Willenskundgebung wenn überhaupt nur unter Mitwirkung sämmtlicher Paciscenten möglich.

Auch abgesehen hiervon kann aber in der im Jahre 1789 vorgenommenen angeblichen Erläuterung des § 22 des Familienvertrags von 1786, wenn sie auch unter Hinweisung auf die wohlbekannte Absicht der Fideicommiß-Stifter gemacht wurde, der Sache nach eine Auslegung der von diesen getroffenen Anordnung nicht gefunden werden.

Der besagte § 22 erklärt einfach, daß die Nachkommen der Stifter den Vorzug einer edlen Geburt nicht zu vernachlässigen, sondern standesmäßig zu leben und zu heirathen hätten. Ob und welche Folgen die Nichtbeachtung dieser Bestimmung haben sollte, wird im Familienvertrage selbst nirgends angedeutet. Der ganze Zusammenhang macht aber den Eindruck, daß es sich hier nur um eine von den Stiftern ausgesprochene Hoffnung und Ermahnung handelte.

„So hoffen wir, heißt es daselbst, unsere sämmt-„lichen Nachkommen werden diese Absicht (nämlich daß „sie nicht durch Dürftigkeit verhindert werden, sich we-„sentliche Vorzüge und Verdienste zu erwerben) nicht durch „Uneinigkeit, Trägheit, Verschwendung und andere Laster „vereiteln, sondern vielmehr sich so betragen, daß sie nicht „von ihrem Geschlecht und Vermögen einen eitlen Glanz „entlehnen, sondern vielmehr durch Tugenden und Ver-„dienste größeren Glanz auf dasselbe verbreiten, wobei „sie jedoch die Vorzüge einer edlen Geburt

„nicht zu vernachlässigen, sondern standes-
„mäßig zu leben und zu heirathen haben."

Offenbar handelt es sich in diesem Schlußsatze nur darum, die Absicht der Stifter gegen ein Mißverständniß zu sichern. Nachdem die beiden Mitstifter ihre Nachkommen ermahnt haben, nicht von ihrem Geschlechte einen eitlen Glanz zu entnehmen, sondern den splendor familiae durch Tugenden und Verdienste zu erhöhen, halten sie es für zweckmäßig zu erklären, daß damit nicht eine Vernachlässigung der Vorzüge einer edlen Geburt in ihrer Intention liege, indem ihre Nachkommen vielmehr standesmäßig leben und heirathen sollten. So wenig hier aber an ein nicht standesmäßiges Leben Rechtsnachtheile angeknüpt sind, sind solche auf eine unstandesmäßige Ehe angedroht.

Von ganz anderem Inhalte ist nun der Nachtrag aus dem Jahre 1789.

Hier ist nicht von unstandesmäßigen Ehen die Rede, sondern von Ehen mit unadelig geborenen Frauen, wenn diese auch vor der Ehe nobilitirt sind, die Verheirathung also eine durchaus standesmäßige ist.

Hier werden ferner die Nachkommen der Stifter nicht vor der Verheirathung mit unadelig geborenen Frauen gewarnt, sondern die Descendenten von unadelig geborenen Müttern mit einem Rechtsnachtheile bedroht. Dieses Rechtsmittel besteht endlich nicht in der Ausschließung von der Fideicommiß-Erbfolge, d. h. in der einfachsten und natürlichsten Consequenz der Anordnung von Ehen mit adelig geborenen Frauen, sondern in der Zurücksetzung von Söhnen unadelig geborener Mütter in der Erbfolgeordnung gegenüber Söhnen aus Ehen mit altadeligen Frauen.

Es untersteht keinem Zweifel, daß auch sachlich der Nachtrag zum Familienvertrage vom Jahre 1786 keine Erläuterung des § 22, sondern eine ganz neue Anordnung enthält.

Eine auf die Fideicommiß-Erbfolge bezügliche neue Anordnung aber, welche getroffen wurde, nachdem das Fideicommiß errichtet und bereits ins Leben getreten war, und die auch nicht von den beiden Mitstiftern ausgegangen, vermag in keinem

Falle einem Anwärter, der in dieselbe nicht consentirte, entgegengesetzt zu werden. Nach erlangter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Ablegung des von M.'schen Namens wäre Freiherr von B. dem im Jahre 1786 abgeschlossenen Familienvertrage gemäß der nächste zum I. von M.'schen Fideicommiß berufene Anwärter; er könnte auf Grund des im Jahre 1789 vereinbarten Nachtrags nicht in der Fideicommißerbfolge zurückgesetzt werden.

§ 9.

Zusammenstellung der gewonnenen Ergebnisse.

Fassen wir die Ergebnisse der vorstehenden Erörterungen zusammen, so ist:

1) Die fideicommissarische Erbfolge in den K.-Hof lediglich nach Maßgabe des gemeinschaftlichen Testaments und Familienvertrags vom Jahre 1752 zu beurtheilen. Nach den hier von den Stiftern, dem Freiherrn Friedrich Maximilian von M. und dessen Ehefrau geborene von R. getroffenen Anordnungen war Freiherr von B. zur Zeit der letzten Eröffnung des für den ältesten Sohn der Testatoren und dessen Nachkommenschaft errichteten Fideicommisses der nächstberechtigte Anwärter, dem also das Fideicommißgut nebst Zubehörungen zugefallen ist.

Das Anwärterrecht hat Freiherr Hector von B.

a. nicht dadurch verloren, daß er vor dem Anfalle des Fideicommiß-Vermögens Namen und Wappen derer von M. abgelegt hatte.

b. auch ging ihm jenes Recht ebensowenig um deßwillen ab, weil er aus einer Ehe mit einer nicht adelig geborenen, jedoch vor ihrer Verehelichung geadelten Mutter entsprossen ist.

2) Sollte jedoch angenommen werden, daß im Sinne der Fideicommiß-Stiftung vom Jahre 1752 Freiherr von B. das Anwärterrecht durch die stattgehabte Namensablegung eingebüßt

hatte, so wäre solchem Mangel zweifellos durch eine nicht zu versagende in integrum restitutio abzuhelfen.

3) Wenn man endlich von der Annahme ausgehen sollte, daß die Succession in den K.=Hof nach den von den Freiherren Philipp Maximilian und Hector Wilhelm von M. im Jahre 1786 getroffenen Anordnungen zu beurtheilen sei, so würde

a. Freiherr von B. Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den in Folge des Aufgebens des von M.'schen Namens und Wappens eingetretenen Verlust des Anwärterrechts haben.

b. Es würde derselbe aber als der nach dem Familienvertrage vom Jahre 1786 zum I. von M.'schen Fideicommisse nächstberufene Anwärter, nicht auf Grund des Nachtrags vom Jahre 1789 dem Freiherrn Carl Wilhelm Hector in der Successionsordnung nachstehen.

A. Sachregister.

D.

E.

B. Gesetzes-Register.

I. Reichsrecht.

1) Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

2) Allgemeine deutsche Wechselordnung.

3) Deutsche Civil-Prozeßordnung.

4) Verschiedene Reichsgesetze.

a. Reichsbankgesetz vom 14. März 1875.

b. Reichs-Patentgesetz vom 25. Mai 1877

§ 2 siehe Seite 147.

c. Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874.

II. Gemeines Recht.

a. Institutionen.

§ 197 de inutil. stipul. (3, 19) siehe Seite 53.

b. Pandecten.

Sachsen.

Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Constitutiones Saxonicae von 1572.

IV. Ausländisches Recht.

Renaud, Achilles,

Rechtliche Gutachten

Bd.: 1

Mannheim (1886)